كتاب

لباب اللباب

فى بيان ما تضمنته أبواب الكتاب
من الأركان والشروط والموانع والأسباب

تأليف

الفقيه الإمام العالم المتقن النظار الورع

أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد

البكرى القفصى المالكى

(المتوفى سنة ٧٣٦ هـ)

الناشر

مكتبة الثقافة الدينية

٥٣٦ شارع بورسعيد - القاهرة

ت: ٥٩٢٢٦٢٠ - ٥٩٣٨٤١١

فاكس: ٥٩٣٦٢٧٧ ص.ب: ٢١ توزيع الظاهر

E-mail:alsakafa-alDinaya@hotmail.com

obeikandl.com

obeikandl.com

بسم الله الرحمن الرحيم

ترجمة المؤلف

هو محمد بن عبد الله بن راشد البكرى القفصى إمام التحقيق والتحصيل رحل إلى المشرق بعدما ملأ الوطاب من العرفان، وسمت به همة نزاعة إلى البحث والتبيان. فأخذ العلم عن عيونه، وكرع من منهله ومعينه. وشهدت له الأعلام بالسبق والنبل. وعاد إلى المعاد يحمل الفخر والفضل.

قال فى نيل الابتهاج ناقلاً عن المترجم له ما نصه:

قرأت العربية والفرائض والحساب وأدركت بتونس جلة من النبلاء وصدورًا من النحاة والأدباء فأخذت عنهم، ثم تشاغلت بالأصول والفقه زمانًا ثم رحلت إلى الإسكندرية فى زمن الملك السعيد فلقيت بها صدورًا أكابر، وبحورًا زواخر. كقاضى القضاة ناصر الدين بن المنير، وكان ذا علوم فائقة والكمال التنسى يدعى مالكا الصغير يدرس التهذيب، وقاضى القضاة ناصر الدين بن الأبيارى تلميذ أبى عمرو بن الحاجب، وضياء الدين بن العلاء وكان فروعيًا مجيدًا ومحيى الدين حافى رأسه نحويًا أدبيًا أنشدنى لنفسه.

عتبت على الدنيا لتقديم جاهل ... وتأخير ذى فضل فقالت خذ العذرا
ذوو الجهل أبنائى وكل فضيلة ... فأربابها أبناء ضرتى الأخرى

فأخذت عنهم ثم رحلت إلى القاهرة إلى شيخ المالكية فى وقته فقيد الأشكال والأقران نسيج وحده، وقمر سعده، ذى العقل الوافى، والذهن الصافى، الشهاب القرافى، كان مبرزًا على النظار محرزًا قصب السبق للفنون معتكفًا على التعليم على الدوام، فأحلنى محل السواد من العين والروح من الجسد، فجلت معه فى المنقول والمعقول فحفظت الحاصل وقرأته مع المحصول فأجازنى بالإمامة فى علم الأصول، وأذن لى فى التدريس والإفادة وترددت فى أثناء ذلك إلى مجلس الإمام الأوحد العارف بالأصلين الجامع للمذهبين قاضى القضاة تقى الدين بن دقيق

العيد، كان يدرس مختصر ابن الحاجب ويثنى عليه كثيرًا ويقول إنه احتوى على أربعين ألف مسألة فاعتكف على حفظه ودرسه إلى شيخ العقليات بحر المعانى، الشمس الأصبهانى، استفدت منه طريقته الرشيقة، وأبحاثه الأنيقة، وكان يشكر ذهنى، ويفضلنى على غيرى، وإلى الشرف الكركى وكان لى مع أبحاث ومذكرات وغيرهم ممن لا يحصى كثرة، ولما ظفرت من المعلوم بما أردت رجعت إلى وطنى فشرعت فى الدروس ومالت إلىَّ النفوس.

ولما توليت القضاء ضاق بأناس متسع الفضاء فسلقونى بألسنة حداد ولى أسوة بمن تقدم وكان ذلك سببًا فى الظهور. وتضاعف الخسران عليهم حتى سكنوا القبور.

وفى أيام الامتحان ألفت فى الأصول مختصرًا سميته «تلخيص المحصول فى علم الأصول» وسهلته بأمثلة ثم «الفائق فى معرفة الأحكام والوثائق» فى سبعة أسفار من القالب الكبير ثم «المذهب فى ضبط مسائل المذهب» فى ستة أسفار من القالب الصغير ثم «النظم البديع فى اختصار التفريع» ثم «الموهبة السنية فى العربية» ثم «المرقية العليا فى تفسير الرؤيا» ثم شرح ابن الحاجب المسمى «الشهاب الثاقب» فى شرح لفظه وحل مشكلاته، وإيضاح رموزه وإشاراته، وعزو مسائله، وتقرير دلائله، وقد استخرجت مسائلها فى أماكنها ولم يبق منها إلاَّ خمس مسائل لم أقف على النقل فيها وكذا بعض الأقوال». اهـ ملخصًا.

اسمعـــه ممـن قـاله تزدد به عجبًا فخير الورد فى أغصانه

ومن تأليفه أيضًا «تحفة اللبيب» فى اختصار ابن الخطيب. و «لب اللباب» وهو خلاصة ما تقدم من عصر الشباب.

اسمـع مقـالة ذى نصـح وتجربة يفدك فى اليوم ما فى دهره علمًا

ولما صرف عن قضاء بلاده ولى قضاء الجزيرة القبلية، ثم عزل عنها وأقام بالحاضرة مرموقًا من قاضيها أبى إسحاق ابن عبد الرفيع بعين الغضب مانعًا له من الجلوس للوعظ بجامع القصر، فكان يقول أتمنى الجلوس معه للمناظرة حتى يتبين من هو المقدم فى العلم إلى أن أدركه كتاب الأجل ليلة العشرين من جمادى الآخرة سنة ست وثلاثين وسبعمائة.

بسم الله الرحمن الرحيم

[مقدمة المؤلف]

قال الشيخ الفقيه الإمام العالم المتقن الورع أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكرى المالكى رضى الله عنه:

الحمد لله الذى منَّ علينا بكتابه العزيز وشرفنا به ووفقنا لتلاوته ولفهم معانيه، وأرشدنا لامتثال أوامره واجتناب نواهيه، نحمده جل وعلا لكماله وأفضاله، ونشهد أنه لا إله إلا هو وحده لا شريك له، ونشهد أن سيدنا محمدًا عبده ورسوله ﷺ وعلى آله الأخيار، وصحبه السادة الأبرار، ما هطلت الأنوار، وما تعاقب الظلام والضياء بعث ﷺ رحمة للعالمين، وإمامًا للمتقين، وسراجًا منيرًا للهادين المهتدين، فألفى الناس بددًا فوضًا عيونًا عمياء وقلوبًا مرضى فأوضح المشكلات، وأزال الشبهات، وبين الحلال والحرام، وأزاح عن القلوب الغمة بعد أن تمكن منها الداء العضال، ولما بلغ الرسالة وأدى الأمانة، رفعه الله تعالى إلى محل أنسه، وأسكنه فى حضرة قدسه، جمع الله شملنا به فى ذلك المقام، ورزقنا عملاً صالحًا نتوصل به إلى دار السلام.

ولم يورث ﷺ دينارًا ولا درهمًا وإنما ورث العلم وحض عليه، وقال: «تعلموا العلم وعلموه الناس فإنى لم أبعث إلا معلمًا».

وقال ﷺ: «إن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يطلب».

وقال ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث...» فذكر منها: «علمًا ينتفع به».

وقال ﷺ: «بين العالم والعابد مائة درجة تطوى بالجواد المضمر سبعين سنة».

وفى حديث يقول الله تعالى يوم القيامة: «يا معشر العلماء إنى لم أضع علمى فيكم إلا لعلمى بكم ولم أضع علمى فيكم لأعذبكم، اذهبوا فقد غفرت لكم».

وسمعت الشيخ ناصر الدين رحمه الله تعالى يقول: أبو السيادة أفضل من أبى

الولادة فإن الله تعالى أمر آدم عليه السلام أن يعلم الملائكة الأسماء فلما علمهم حصل له عليهم فضل المعلم على المتعلم فأمرهم بالسجود له، قال: فأمر بالسجود لأب الإفادة ولم يأمر به لأب الولادة فدل على أن أب الإفادة أفضل.

وقال القاضى سند رحمه الله تعالى: لو لم يكن للعلم فضيلة إلا كونه شرطًا للألوهية فمن ليس بعالم ليس بإله.

وقد رجوت من الله أن يحشرنى مع العلماء وأن أضرب فى أجورهم بوفر أو أحظى منه ولو بمثل قلامة ظفر، فإن الله تعالى أجرى على يدى تصانيف فى فنون شتى تقرب من الستين مجلدًا فى القالب الصغير وقد سار ذكرها بحمد الله فى المشرق والمغرب ووصل إلى أناس من جهات برسم نسخها، ولما رأيت نهار الشيب قد تجلى، وليل الشباب شمر ذيله فرقًا وولى، رغبت فى وسيلة أختم بها عملى وأنتفع بها إن شاء الله تعالى عند حلول أجلى فوضعت هذا المختصر ورتبته ترتيبًا لم أسبق إليه لينتفع به المبتدى ويستبصر به المنتهى وسميته:

«لُبابُ اللباب فى بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب».

ورجوت أن ينتشر انتشار الخبر المتواتر وأن يستوى فى طلبه البادى والحاضر لعلى أنال دعوة بسببه من رجل صالح يمحو الله تعالى بها زلتى ويبلغنى منه أملى والله تعالى المستعان وعليه التكلان وهو حسبى ونعم الوكيل.

* * *

obeikandl.com

ولنقدم قبل الخوض فى الكلام أربعة أبحاث:

البحث الأول: فى الحكم وأقسامه

والحكم: خطاب الله تعالى القديم المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واحترزنا بالقديم عن نصوص أدلة الحكم فإنها حادثة وليست بحكم وإلا لاتحد الدليل والمدلول ويدخل فى الاقتضاء اقتضاء الوجود إما مع الجزم وهو الوجوب وإما عدمه وهو الندب واقتضاء العدم، إما مع الجزم وهو الحرمة، وإما مع عدمه وهو الكراهة والتسوية بين الطرفين إباحة.

فالواجب: هو الذى يذم تاركه شرعًا ويثاب فاعله ويسمى فرضًا وحتمًا ولازمًا.

والمندوب: هو الذى يثاب فاعله ولا يذم تاركه فإن كثرت أجوره وفعله النبى ﷺ فى الجماعات وواظب عليه سمى سنة وإن قلت أجوره ولم يفعله فى الجماعات سمى نافلة وإن توسط بين القسمين سمى فضيلة.

والحرام: ما يذم فاعله ويحمد تاركه إن نوى بتركه امتثال الأمر.

والمكروه: هو الذى يحمد تاركه ولا يذم فاعله.

والمباح: هو ما لا يحمد فاعله ولا يذم تاركه فإن نوى بفعله وجه الله تعالى كمن وطئ زوجته ليحصنها وليستدل بكمال تلك اللذة على كمال قدرة الله أثيب وكذلك إذ أكل قصدًا ليتقوى على العبادة.

وبالجملة: فكل مباح أو ترك حرام أو مكروه أريد بفعله أو تركه وجه الله تعالى فإنه يثاب عليه وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «نية المؤمن أبلغ من عمله».

ثم الخطاب قسمان: خطاب تكليف وهو الأحكام الخمسة المذكورة، وخطاب وضع، وهو خمسة أيضًا: نصب الأسباب والشروط والموانع والتقديرات والحجج.

فالسبب: هو الذى يلزم من وجوده وجود الحكم ومن عدمه عدمه من حيث هو سبب وهو مناسب فى نفسه وذلك كالزوال فى الصلاة والنصاب فى الزكاة.

والشرط: هو الذى يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده شىء من

حيث هو شرط ومناسبته فى غيره، وذلك كالطهارة فى الصلاة والحول فى الزكاة.

ثم الشرط أربعة أقسام: شرعى كالطهارة والستارة وعقلى كالحياة مع العلم وعادى كالغذاء للحيوان ولغوى كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق.

والمانع: هو الذى يلزم من وجوده عدم الحكم ولا يلزم من عدمه شىء من حيث هو مانع كالنجاسة بالنسبة إلى الصلاة والدين بالنسبة إلى الزكاة.

والتقدير: هو إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود.

والأول: كوجود الماء عند المريض الذى لا يقدر على الوضوء به.

والثانى: كقول الرجل أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه فولاء العبد للمعتق عنه ويقدر أنه دخل فى ملكه قبل عتقه ليصح ولاؤه ولا يكاد باب من أبواب الفقه يخلو عنه لا سيما باب السلم، فإنك تقول فى ذمة فلان لفلان كذا من قمح مثلاً والذمة معنى كلى يقبل الإلزام والالتزام والأجسام لا تثبت فى المعانى فذلك من باب التقدير.

والحجاج: البينة والإقرار إذا قامت بينة عند القاضى فإنه يجب عليه الحكم بها وهى فى الحقيقة راجعة إلى السبب.

إذا تقرر هذا فكل ما كان من الأحكام التكليفية له سبب وشرط ومانع فإنه يوجد عند وجود سببه وشرطه وانتفاء مانعه، ويعدم عند عدم سببه وشرطه ووجود مانعه وما يقع من خلاف فى إحدى الصور فالخلاف فى سببية السبب أو شرطية الشرط أو مانعية المانع وقد يتفق على سببية السبب وشرطية الشرط ويختلف هل وقع ذلك فى محل النزاع أو لا وعن هذا يعبر ابن بشير بأن الخلاف فى شهادة. وإذا تأملت ذلك ظهر لك سبب الاتفاق والاختلاف فاحتفظ بهذا الأصل فإنه جيد جداً.

* * *

البحث الثانى

اعلم ـ وفقنا الله وإياك ـ أن الفقهاء والأصوليين يسمون الأحكام الخمسة الأُول: أحكام تكليف، وهى فى الحقيقة أحكام تشريف وبيانه أن الله تعالى خلق الإنسان من جسم كثيف وروح ملكى شريف وأنزل الأمراض الجسمانية وأنزل لها الدواء وحرك داعية الأطباء التى تعرف الدواء وكيفية المداواة. قال الإمام فخر الدين رحمه الله: فى هذا الجسم خمسة آلاف منفعة وإزاء كل منفعة مرض وبإزاء كل مرض دواء فمداره على خمسة عشر ألفًا ثم إن الله تعالى أنزل الأمراض الروحانية وأنزل لها الدواء وبعث الرسل عليهم الصلاة والسلام ليعرفوا الناس تلك الأمراض وكيفية أدويتها فالأمراض النفسانية هى المعاصى فإنها تسود القلب وتصيره مظلمًا كربًا والعبادات صقال لمرآة القلب ورأس الأمراض الجسمانية أكل الشهوات وأصل الدواء الحمية وأصل الأمراض النفسية اتباع الهوى وأصل المداواة مخالفته إذا علمت ذلك فالعبادات إنما هى أدوية لأمراض القلوب وإن الله تعالى أنزلها رحمة للعباد وصقالاً لمرآة قلوبهم ليتوصلوا بذلك إلى محل أنسه وسكنهم فى حظيرة قدسه قال الشيخ أبو مدين رضى الله عنه الذكر مع حضور القلب ينوره فإذا عرفت ذلك عرفت أن الله تعالى لم يأمر عباده بالعبادات إلا ليشرفهم بها لا لاحتياجه إليها فإنه لا ينتفع بها ولا يتضرر بالمعاصى وقد وقعت فتيا بالديار المصرية فى تارك الصلاة إن تاب هل يلزمه قضاؤها أو لا؟ فأفتى بعض الفقهاء بالسقوط عملاً بقوله ﷺ: «التوبة تجب ما قبلها» وأفتى عز الدين رحمه الله تعالى بوجوب القضاء لأن التكاليف تشاريف وإنما يسقط عنه إثم التأخير خاصة.

* * *

البحث الثالث: فى بيان ما يعتبر من المصالح

اعلم وفقنا الله وإياك أن عناية الشرع بدرء المفاسد أكثر من عنايته بتحصيل المصالح وقد قال النبى ﷺ: «إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شىء فانتهوا»، ويجب أن تعلم أن فعل السيئة يجر إلى فعل السيئة، وكذلك فعل الحسنة، قال عز من قائل: ﴿فَأَمَّا مَنْ أَعْطَىٰ وَاتَّقَىٰ ﴿٥﴾ وَصَدَّقَ بِالْحُسْنَىٰ ﴿٦﴾ فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْيُسْرَىٰ ﴿٧﴾ وَأَمَّا مَنْ بَخِلَ وَاسْتَغْنَىٰ ﴿٨﴾ وَكَذَّبَ بِالْحُسْنَىٰ ﴿٩﴾ فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْعُسْرَىٰ﴾ [الليل: ٥ ـ ١٠]، فإذا فعل العبد معصية حصلت فى قلبه نكتة سوداء كالمرآة الصقيلة إذا حصل فيها نقطة من الخل فإن تلافاها بالتوبة زالت وإن زاد معصية أخرى جرته إلى أخرى إلى أن تسود مرآة القلب فيخشى عليه أن يختم عليه بالكفر والعياذ بالله تعالى. قال عز من قائل: ﴿ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةَ الَّذِينَ أَسَاؤُوا السُّوأَىٰ أَن كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ﴾ [الروم: ١٠] الآية، وقال عز من قائل: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة: ٧٧]، وإذا فعل الحسنة استنار قلبه وبعثه ذلك على حسنة أخرى إلى أن يستنير قلبه ويصلح أن يكون محلاً لملك الملوك كما روى فى الخبر أن الله تعالى قال: «لا تسعنى سماواتى ولا أرضى ولكن يسعنى قلب عبدى المؤمن».

ثم إن المصالح ثلاثة أقسام: قسم اعتبره صاحب الشرع فهو معتبر إجماعًا. وقسم ألغاه فهو ملغى إجماعًا كالمنع من زراعة العنب خشية أن يعصر خمرًا. وقسم ما اعتبره بعينه ولا ألغاه ولكن اعتبر المصلحة من حيث إنها مصلحة وهذا هو المعبر عنه بالمصلحة المرسلة وبها قال مالك رحمه الله ولذلك قال مالك بتضمين الصناع.

وإذا اعتبرت أبواب الفقه وجدتها كلها شرعت لمصلحة غير أن تلك المصلحة تارة نعرفها كما عرفنا وجوب إطعام الجيعان إذا أشرف على الموت وتارة لا نعرفها ولكن نجزم باشتمال ذلك الحكم على المصلحة طردًا لقاعدة الشرع فى اعتبار المصالح فخص الله تعالى وجوب الظهر بزوال الشمس دون ما قبله وما بعده لحكمة استأثرها وقد ذكرت فى أول كل كتاب حكمة مشروعيته، والله تعالى الموفق للصواب بمنِّه.

البحث الرابع: فى بيان ترتيب هذا المختصر

اعلم ـ وفقنا الله وإياك لطاعته ـ أنى سلكت فى كتابى الكبير وهو «الفائق فى معرفة الأحكام والوثائق»، وفى كتاب «المذهب فى ضبط مسائل المذهب» مسلكًا لم أسبق إليه إذا تأمله من له أدنى فكرة عرف موضع المسألة التى يطلبها، وسلكت ذلك أيضًا فى هذا المختصر وربما وقع هذا أحسن وبيان ذلك أن كل كتاب من كتب الفقه له أركان يعرفها الإنسان بعقله وكل مسألة وقعت أو تقع فإنها تدخل تحت ركنها وما لا يقع فى الأركان مثل الذى يقع بعد كمال حقيقة ذلك الشىء فإننى أعمله فى اللواحق. مثال ذلك أن النكاح مثلاً أركانه خمسة: الصيغة والزوج والزوجة والولى والصداق، فكل مسألة تتعلق بالزوج مذكورة فى ركن الزوج وكذلك سائرها وما لا يقع فى الأركان وإنما يقع بعد العقد كالرد بالعيب واختلاف الزوجين فى متاع البيت وفى قدر الصداق وفى الوليمة وأجرة الخلوة وما أشبه ذلك فأذكره فى اللواحق، وهكذا أفعل فى كل كتاب وقد انضبط المذهبُ بهذا المعنى انضباطًا حسنًا والحمد لله.

* * *

كتاب الطهارة

وهى بفتح الطاء الفعل وبضمها فضل ما يتطهر به وقد وردت تارة فى إزالة الأدناس الحسية وتارة فى إزالة الأدناس المعنوية فوجب أن نجعل حقيقة فى القدر المشترك وهو مطلق النقى من الدنس دفعًا للمجاز والاشتراك.

وهى قسمان: عينية وحكمية، فالعينية: إزالة النجاسة، والحكمية: ثلاثة أنواع: وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم ويلحق فى البدلية المسح على الخفين وعلى الجبيرة.

حكمها: أما العينية فستأتى فى محلها إن شاء الله تعالى، وأما الحكمية فهى واجبة بنص الآية عند وجود السبب والشرط وانتفاء المانع فالسبب إرادة الصلاة أو مس المصحف أو نوم الجنب على أحد القولين والشرط أهلية التكليف والمانع كالحيض والنفاس وهى شرط فى صحة الصلاة وقد أبعد من رآها شرطًا فى الوجوب وإن كان لا يوجد نص ولو كانت شرطًا فى الوجوب لما عصى أحد بترك الصلاة لكن العصيان واقع بالإجماع فلا يكون شرطًا فى الوجوب.

حكمة مشروعيتها: تدريب النفس على مكارم الأخلاق والتأدب مع الملك الخلاق إذ ينبغى للعبد أن يقف بين يدى مولاه حسن الهيئة طيب الريح خليًا عن الوصف القبيح وهى مراتب أولها طهارة الظاهر عن الأدناس الحسية والمعنوية وطهارة الجوارح عن الآثام والأجرام وطهارة الصدر عن الأخلاق الذميمة كالغل والحسد وما أشبه ذلك وطهارة القلب بإخراج ما سوى الله تعالى وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ [الشعراء: ٨٩].

ولنبدأ أولاً بالوضوء ثم الغسل، ثم التيمم والمسح على الخفين وعلى الجبيرة، ثم بإزالة النجاسة، ثم باللواحق وهى هاهنا الأحداث، فإن الفقهاء يسمونها نواقض وما ينقض الشىء غير داخل فى ماهيته ويتصل بذلك موانع الحدث.

* * *

الوضوء

وهو بفتح الواو الماء وبضمها الفعل.

• أركانه:

أربعة: المزيل والمزال والمزال عنه وكيفية الإزالة.

فالمزيل: هو الماء وهو من حيث هو ماء طهور ويقسم بحسب مخالطه أربعة أقسام قسم خالطه طاهر غير أحد أوصافه فإن كان من قراره كالحمأة أو متولدًا عنه كالطحلب فهو طهور وألحق صاحب البيان والتقريب به الدهن، وكذلك المتغير بالمجاور وكذلك التراب المطروح على المشهور وفى الملح ثلاثة أقوال يفرق فى الثالث بين المعدنى والمصنوع وفيه نظر لأنه إما ماء أو تراب وكلاهما غير مؤثر ولا اعتبار بكونه مطعومًا لأنه إذا انحل صار كماء البحر. وقسم خالطه طاهر لم يغير أحد أوصافه فإن كان كثيراً فهو طهور باتفاق وهو ما لا يتمارى فى كثرته وكذلك إن كان قليلاً فذهب ابن القاسم إلى كراهته وفيه بعد والمستعمل فى الحدث طهور وكره للخلاف لأن أبا حنيفة يقول بنجاسته وأصبغ يقول بعدم طهوريته وفيه نظر لأن القول بكراهيته مع القول بجواز الصلاة إذا توضأ به مما لا يجتمعان لأن المكروه لا يثاب فاعله والواجب يثاب فاعله فما لا يثاب فاعله لا يكون واجبًا وما لا يكون واجبًا لا يسد مسد الواجب وقيل مشكوك فيجمع بينه وبين التيمم وفيه نظر لأن ذلك يؤدى إلى الشك فى الوضوء والوضوء إذا وقع الشك فى صحته لم تجز به الصلاة وفيه أيضًا التردد فى النية وقسم خالطه نجس غير أحد أوصافه فهو نجس فإن زال ذلك التغير فقولان بناء على أن العلة إذا ذهبت ذهب معلولها أو أن الحكم بعدم طهوريته قد ثبت والأصل استصحاب الحال وأطلق القول ابن الماجشون بطهورية ما تغير ريحه خاصة وحمل على المتغير بالمجاورة لا بالحلول. وقسم خالطه نجس لم يغير أحد أوصافه فإن كان كثيراً لم يغير فهو طهور باتفاق وإن كان قليلاً فالمشهور أنه مكروه ويدل عليه ما تقدم وقيل نجس.

تنبيه: ليس فى المذهب نص فى تمييز القليل من الكثير ووقع لابن رشد أن

القليل ما يتوضأ به يقع فيه القطرة من البول وقدر القصرية يتوضأ فيها الجنب وأما الجارى فحكمه كالكثير قاله فى المدونة وزاد ابن الحاجب إذا كان المجموع كثيراً والجرية لا انفكاك لها ومراده: جميع ما فى الجرية واحترز بعدم الانفكاك عن ميزاب السانية.

المزال: وهو عين الخبث وحكم الحدث.

المزال عنه: الجسد والثوب والبقعة.

كيفية الإزالة: وهى الإتيان بالفرائض والسنن والفضائل واجتناب المكروهات على الصفة المعلومة.

• الفرائض:

ستة: النية وهى صفة ترجح أحد الجائزين على الآخر شروطها ثلاثة: أن تكون جازمة وأن تتعلق بفعل الإنسان نفسه وأن تكون مقارنة لأول أزمنة الفعل وأجاز ابن القاسم تقدمها عندما يأخذ فى أسباب الفعل كالسير إلى الحمام وإلى النهر ووافقه سحنون على النهر خاصة.

كيفية تعقلها: أن ينوى رفع الحدث أو ما يستلزم رفعه عند غسل الوجه وقيل عند غسل اليدين وغسل جميع الوجه بنقل الماء إليه مع الدلك على المشهور وحده طولاً: من منابت الشعر المعتاد إلى آخر الذقن، وعرضًا من الأذن إلى الأذن وقيل من العذار إلى العذار وقيل بالأول فى نقى الخد وبالثانى فى ذى الشعر الملتحى ويجب تخليل خفيف الشعر دون كثيفه وغسل اليدين إلى المرفقين وقيل دونهما وهما على الخلاف فى الغاية هل تدخل فى المغيا وفيها أربعة أقوال يفرق فى الثالث بين أن تتميز جنسًا فلا يدخل وإلا دخلت. الرابع: إن كان من جنس المغيا دخلت وإلا فلا، ومسح جميع الرأس للرجل والمرأة وما استرخى من شعرها، وحدّه: من مبدأ الوجه إلى ما تحوزه الجمجمة وقيل آخر منابت القفا ولو مسح بعضه لم يجزه وقيل يجزيه الثلثان وقيل الثلث، وغسل الرجلين إلى الكعبين وقيل دونهما وهما على الخلاف فى الغاية، والكعبان: هما الناتئان فى طرفى الساقين وقيل معقد الشراك والأول أصح لقوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة:٦] وأرجل اسم جنس أضيف فيعم والعام يقع فيه الحكم على كل فرد فرد فيكون التقدير: اغسلوا

كل رجل إلى الكعبين، وهذا يقتضى أن يكون فى كل رجل كعبان وكل من قال أن فى كل رجل كعبين قال هما الناتئان فى طرف الساقين وفى تخليل أصابعهما الوجوب والندب والإنكار، وأما أصابع اليدين ففيهما الوجوب والندب خاصة والموالاة، وقيل سنة والتفريق اليسير مغتفر وفى الكثير خمسة أقوال يفرق فى الثالث بين العمد والنسيان فإن أخر حين ذكر فكالمتعمد ابتداء والرابع يفسد إلا فى الرأس خاصة والخامس وفى الخفين فإن فرق لعجز الماء ولم يطل بنى.

• السنن:

ستة: غسل يديه قبل إدخالهما الإناء وفى كونه للعبادة أو للنظافة قولان لابن القاسم وأشهب، والمضمضة وأصلها التحريك والتردد ويدخل أصبعيه ويدلك بهما أسنانه وذلك من ناحية السواك والاستنشاق وهو أن يجذب الماء بأنفه وينثره بنفسه وإصبعيه ويبالغ غير الصائم ويستنشق ثلاثًا كالمضمضة، ومسح أذنيه بماء جديد ظاهرهما بإبهاميه وباطنهما بإصبعيه ويدخلهما فى صماخيه وفى وجوب ظاهرهما قولان؛ وهما: مما يلى الرأس وقيل مما يواجه وشبهت الأذن بالوردة فمن اعتبرها قبل انفتاحها قال الظاهر مما يلى الرأس ومن اعتبرها بعد انفتاحها قال ما يواجه وللشيخ ابن المنير رحمه الله فى المعنى:

الأذن كالوردة مفتوحة ... فلا يمرن عليها الخنا
فإنه أنتن من جيفة ... واحذر على الوردة أن تنتنا

ورد اليدين من مؤخر الرأس إلى مقدمة ابن القصار ولو بدأ المسح من المؤخر لكان المسنون أن يبدأ من المقدم إلى المؤخر، والترتيب على المشهور وقيل بوجوبه كقول الشافعى وقيل واجب مع القدرة وعلى المشهور لو نكس عامدًا فقولان؛ كمتعمد ترك السنن وفيه نظر لأن سنن الصلاة آكد وإن نكس ناسيًا أعاد بحضرة الماء فإن تباعد فقال ابن القاسم يعيد المنكس وحده خاصة وقال ابن حبيب يعيده وما بعده.

• الفضائل:

خمسة: التسمية وروى عن مالك رحمه الله تعالى إباحتها، والسواك ولو بإصبعيه ويتوقى الصائم ما فيه رطوبة، والتكرار فى المغسول، والبداية من الميامن،

والبداءة من مقدم الرأس.

• المكروهات:

ستة: الإكثار من صب الماء وليس فيه تحديد وقيل الأقل فى الوضوء قدر المد وفى الغسل قدر الصاع إلى خمسة أمداد والواجب الإسباغ، والوضوء فى الخلاء، وكشف العورة، والكلام فى أثنائه بغير ذكر الله تعالى، والزيادة على الثلاثة فى المغسول وعلى الواحدة فى الممسوح، والاقتصار على الواحدة لغير العالم فإن شك فى الثالثة ففى الإتيان بها قولان للمتأخرين وحكى القاضى عياض رحمه الله تعالى أن تخليل اللحية من المكروهات.

* * *

الاستنجاء

وهو إزالة ما على المخرجين من الأذى بالماء فإن إزيل بالحجر سمى استجماراً.

• آدابه:

عشرة: الإبعاد والتستر، وأن لا يجلس على جحر ولا مهواة، واجتناب الملاعن وهى الطرق والظلال والشاطئ والماء الراكد. وإعداد المزيل، وأن يستعيذ بالله من الخبث والخبائث قبل دخوله المحل وفيه إن كان غير معد له وفى المعد له قولان؛ فإن كان فى إصبعه خاتم فيه نقش اسم الله تعالى لم يستنج به على الأصح، والجلوس، وأن لا يرفع ثيابه حتى يقرب من المحل ويجوز البول قائمًا إن أمن التطائر، وأن لا يتكلم، وأن لا يستقبل القبلة ولا يستدبرها فى الصحراء، فإن كان فى مرحاض مسح بساتر أو غيره جاز فإن كان ساتراً خاصة فقولان ويتعين الماء للمنى وكذلك المذى على الأصح وما عدا ذلك تكفى فيه الأحجار، وقال ابن حبيب: ترك العمل بالاستجمار فلسنا نجيز ذلك اليوم إلا لمن عدم الماء ويبدأ بالقضيب فينثره ويسلته من غير مبالغة ثم يغسل يده اليسرى ثم محل البول ثم الآخر ويوالى الصب حتى ينقى ويكفى فى البول غسل محل الأذى وفى المذى قولان وإذا قلنا بغسل جميعه ففى النية قولان وفى تعيين ثلاثة لكل مخرج قولان

وعلى التعيين فى حجر ذى ثلاث شعب قولان وفى إمرارها على جميع المحل أو لكل صفح واحدة وواحد للوسط قولان والخلاف فى حال وإذا ترك الاستنجاء والاستجمار عامدًا أعاد الصلاة أبدًا وإن تركهما ساهيًا فروى ابن القاسم يعيد فى الوقت وقال أشهب لا إعادة عليه.

* * *

الغسل

يجب على الرجال بأمرين:

الأول: الجنابة، وتكون بأمرين: إنزال الماء الدافق المقارن للذة المعتادة فى يقظة أو نوم فإن خرج بغير لذة أو بلذة غير معتادة فقولان: الوجوب اختيار سحنون وابن شعبان وإذا قلنا لا يجب ففى إيجاب الوضوء قولان.

الثانى: مغيب الحشفة، أو مثلها من مقطوع فى أى فرج كان والمرأة وفى البهيمة مثله.

الثالث: الإسلام، وإذا أسلم الكافر وجب عليه الغسل فقيل تعبد وقيل لأنه جنب وهو المشهور وعليهما ينبنى غسل من لم يتقدم له جنابة ورأى القاضى إسماعيل أنه مستحب عملاً بقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله» وليس كذلك وألزم الوضوء ولا يلزمه.

ويجب على المرأة بما ذكرنا وبالنقاء من الحيض والنفاس بخلاف الاستحاضة ثم قال: تتطهر أحب إلىَّ.

• أركانه:

كالوضوء، المزيل: هو الماء الطهور ولا يغتسل الجنب فى الماء الدائم وإن غسل الأذى للحدث.

المزال: حكم الحدث.

المزال عنه: جميع الجسد.

كيفية الإزالة: هى الإتيان بالواجب والسنن والفضائل واجتناب المكروهات.

• **فالواجب:**

غسل جميع الجسد والموالاة والنية والمضمضة والاستنشاق ومسح داخل أذنيه والباطن هنا الصماخ وتخليل اللحية وقيل فرض.

• **وفضائله:**

التسمية وغسل يديه قبل إدخالهما فى الإناء وغسل ما به من الأذى ثم الوضوء قبله ثم يغرف على رأسه ثلاثًا والبداية بالميامن.

• **والمكروهات:**

كالوضوء وفى تأخير غسل الرجلين ليكون قد بدأ بالأفضل وختم بالأفضل ثلاث يفرق الثالث فإن كان موضعه وسخًا أخرهما وإلا فلا وعلى تأخيرهما. ففى رأسه قولان.

تنبيه: إن نوى بوضوئه أنه من غسل الجنابة لم يمر يديه عليهما ثانيًا وإن نوى الفضيلة وجب عليه أن يمر يديه عليهما ويتصل بما نحن فيه.

* * *

ذكر الحيض والنفاس وأحكامهما

والحيض: دم يخرج من فرج الممكن حملها عادة بغير علة غير زائد على العادة الشرعية أو العرفية من غير ولادة فلا اعتبار بدم الصغيرة كبنت ست ولا بدم الآيسة كبنت السبعين وقال ابن شعبان وبنت الخمسين فى العدة وفى اعتباره بالعادة قولان والعادة الشرعية خمسة عشر يومًا لقوله ﷺ: «تمكث إحداكن شطر عمرها لا تصلى» ولذلك قلنا أنه أكثر الحيض وأقله فى المعتادة غير محدود وأكثر الطهر غير محدود وأقله خمسة عشر يومًا على المشهور والنساء مبتدئة ومعتادة وحامل.

المبتدئة إن تمادى بها الدم مكثت خمسة عشر يومًا وروى ابن نافع تنظر لعادة أندادها وهن ذوات أسنانها وروى ابن وهب وتستظهر بثلاث.

المعتادة إن تمادى بها فإن كانت عادتها خمسة عشر يومًا طهرت عند تمامها من غير استظهار على المشهور وإن كانت عادتها أقل فقال فى المدونة: تمكث خمسة

عشر يومًا ثم رجع فقال عادتها وتستظهر بثلاث إن كان عادتها اثنى عشر فأقل فإن كانت عادتها أكثر لم تزد على خمسة عشر وحكم أيام الاستظهار حكم أيام الحيض وما بينها وبين الخمسة عشر فهى طاهر وقيل تحتاط فتصوم وتقضى وتصلى ولا تقضى ويمنع الزوج ثم تغتسل ثانيًا.

الحامل إذا تمادى مكثت قدر ما يجتهد لها وليس فى ذلك حد وليس أول الحمل كآخره، وروى أشهب أنها كالحائل والتى انقطع دمها ثم عاد بعد طهر تام على الخلاف فهو حيض ومؤتنف وإلا فيضاف إلى الأول، فإذا لفقت من أيام الدم قدر عادتها مع الاستظهار أو بدونه أو بخمسة عشر على الخلاف المتقدم فهى مستحاضة، ولا خلاف فى ذلك إن كانت أيام الدم أكثر فإن تساويا أو كانت أيام الطهر أكثر فكذلك على المشهور وقال ابن مسلمة يكون أيام الطهر طهرًا وأيام الحيض حيضًا حقيقة ومتى ميزت المستحاضة بعد طهر تام حكم بابتداء حيض فى المعتادة اتفاقًا وفى العادة على المشهور يرجع إلى النساء، وللطهر علامتان: الجفوف والقصة البيضاء وهو ماء أبيض كالقصة وهى الجيار.

والنفاس: دم الولادة ومتى انقطع اغتسلت وصلت فإن تمادى تربصت ستين يومًا قاله مالك ثم رجع إلى العادة ولو ولدت ولدًا وبقى فى بطنها آخر فلم تضعه إلا بعد شهرين والدم متماد فقال ابن القاسم هى كحال النفساء ولزوجها رجعتها إن لم تضع الآخر وقيل كحال الحائض فإن انقطع دمها ثم عاد فإن كانت بعد طهر تام فهو حيض وإلا فعلت كالتى انقطعت حيضتها.

* * *

المسح على الخفين

جائز للمسافر بلا خلاف وكذلك للمقيم على الأصح بشروط ثمانية: أن يكون خفًا فلا يمسح على الجوربين فإن كانا مجلدين ففى جواز المسح روايتان ولا على الجرموقين إلا أن يكون من فوقهما ومن تحتهما جلد مخروز وأن يكون ساترًا لمحل الوضوء وأن يكون صحيحًا فلا يمسح على المقطوع واليسير مغتفر وأن يلبسهما

وهو على طهارة وأن تكون الطهارة بالماء دون التيمم وأن تكون كاملة فلا يمسح من لبس أحد خفيه قبل غسل الرجل الأخرى وأن يلبسهما للأمر المعتاد من دفع حر أو برد فلا يمسح من لبسهما للحناء أو لنوم وأن لا يكون عاصيًا بلبسهما فلا يمسح المحرم العاصى ولا المحرمة ولا تحديد فى ذلك على المشهور وله أن يمسح ما لم يحدث.

وصفته: أن يضع يده اليمنى على أطراف أصابعه من قدمه اليمنى ويضع يده اليسرى تحت أطراف أصابعه من باطن خفه وتمرها إلى موضع الوضوء، وكذلك يفعل باليسرى وقال ابن أبى زيد يجعل يده اليسرى من فوق ولا يتبع الغضون ويزيل ما بأسفله من طين.

* * *

المسح على الجبيرة

وإذا أصابه جرح فى أعضاء الوضوء أو فى جسده وهو جنب مسح عليه بأن خشى من مس الماء مسح على الجبيرة وعلى ما شدت به إذا كانت لا تثبت ويلحق بذلك الفصادة يخاف من حلها والظفر يكسر مرارة والقرطاس على الجبيرة، وإذا ربط الجبيرة ولم تثبت أو لم يقدر على مسها أو لم يمكن ربطها وكانت فى أعضاء التيمم غسل ما عداها وكان كعضو سقط وإن كان فى غيرها تيمم وتركه وقيل يغسل ما صح والمتفرقة فإن كانت فى الأكثر تيمم وقيل يغسل ما صح ويتيمم للخروج من الخلاف.

تنبيه: الأبدال فى الشريعة خمسة: بدل الشىء من الشىء فى المشروعية كالجمعة بدل من الظهر وبدل الشىء فى جميع أحكامه كخصال الكفارة وبدل الشىء فى بعض أحكامه كالتيمم فإنه لا يرفع الحدث وبدل الشىء من الشىء فى محله كالمسح على الخفين وخاصيته إذا ظهر المبدل بطل حكم البدل فلو نزع الخفين وجب عليه غسل الرجلين إن برئ الجرح وإلا أعاد المسح والصلاة إن جرى ذلك فيها وبدل الشىء من الشىء فى بعض حالاته كالعزم بدل من تعجيل الظهر.

التيمم

التيمم: طهارة ترابية تفعل مع الاضطرار دون الاختيار شرطها عدم الماء حسا أو شرعًا كالمريض الذى لا يقدر عليه وكالذى يخاف أن يمشى إليه على نفسه أو على ماله لا يجده غاليًا ثمنه والمشتغل بنزع الماء من البير يخشى فوات الوقت على المشهور.

• **أركانه:** أربعة: المتيمم به، والمتيمم له، ووقت التيمم، وصفة.

المتيمم به: التراب المنبت بلا خلاف ويلحق به عندنا على المشهور كل ما تصاعد على الأرض من جنسها ما لم تدخله صنعة.

المتيمم له: الصلوات المكتوبة بلا خلاف واختلف فى الجمعة وسائر الفرائض للحاضر الصحيح إذا خشى فواتها والمشهور التيمم ويتيمم المريض والمسافر لكل ما يشترط فيه الوضوء فى تجديد سفر التيمم كالقصد قولان ويشترط أن يكون مباحًا على الأصح وأما الحاضر الصحيح فلا يتيمم لنافلة ولا للسنن على الكفاية كالعيدين والجنازة على المشهور ولا للسنن على الأعيان ولو وترًا وركعتى الفجر فإن تعينت الجنازة فكالفرض على الأصح.

الوقت: ولا يتعين عليه الطلب إلا بعد دخول الوقت ويطلبه طلبًا لا يشق بمثله. قال مالك: من الناس من يشق عليه نصف الميل فإن كان فى رفقة نحو الثلاثة طلبهم إن علم أنهم لا يمنون به لقرب السفر وإن كانوا أكثر فلا وإن لم يطلبهم أعاد أبدًا، ثم إذا طلب ولم يجد وكان آيسا يتيمم أول الوقت وإن كان راجيًا يتيمم آخره وإن كان مترددًا يتيمم وسطه، ثم إن وجد الماء قبل الصلاة بطل وإن صار عليه فى الصلاة فلا يقطع إلا أن يذكره فى رحله، وقيل لا وإن كان بعد الصلاة وكان تيممه فى الوقت المعين له لم تبطل فإن كان معه بعض تقصير أعاد فى الوقت وقيل أبدا كالمريض العادم المناول والمطلع عليه بقربة والخائف من لصوص أو سباع وناسى الماء فى رحله ثلاثة يفرق فى الثالث فيعيد فى الوقت قاله ابن القاسم.

صفته: أن يضرب الأرض بيديه ثم ينفضهما نفضًا خفيفًا ثم يمسح بهما وجهه

ثم يضربهما ويضع يده اليسرى على أطراف أصابع يده اليمنى من فوق الكف ثم يمرهما إلى المرفق ثم يديرهما من تحته ويديرهما إلى الكوعين ثم يفعل باليسرى كذلك، ثم يمسح كفيه ويخلل أصابعه وينزع الخاتم والنية والموالاة والترتيب كالوضوء، لكنه ينوى استباحة الصلاة محدثًا أو جنبًا لا رفع الحدث فإنه لا يرفعه على المشهور وهو مشكل لأن المراد من الحدث إنما هو المنع من الصلاة لا نفس الخارج فإنه واقع لا يرتفع والأولى أن يقال: إنه يرفعه إلى غاية وجود الماء وهو اختيار شيخنا شهاب الدين القرافى رحمه الله تعالى وإذا نوى فرضًا صلى بعده من النفل ما شاء ولو فعل ذلك قبل صلاة أعاد تيممه فإن لم يفعل ففى إعادته بعد الوقت قولان وإن نوى نافلة لم يصل به فريضة وصلى من النفل ما شاء وفيمن لم يجد ماء ولا ترابًا أربعة أقوال قال ابن القاسم: يصلى ويقضى، لا يصلى ولا يقضى قاله مالك، يصلى ولا يقضى قاله أشهب، عكسه لأصبغ.

* * *

إزالة النجاسة

واجبة مع الذكر والقدرة دون العجز والنسيان على المشهور وقيل سنة وقيل واجبة والعلة الاستقذار.

وأركانها: كالوضوء.

المزيل: الماء الطهور على المشهور وقيل يجوز بكل قلاع كالخل وبالماء المضاف وفى الجلد الدباغ وفى ناب الفيل الصلق على أحد الأقوال وفى البير يقع فيه دابة ولها نفس سائلة فيتعين فيه النزح فإن لم يتغير كان النزح مستحبًا ولا حد للدلاء وينبغى أن ترفع ناقصة.

المزال: عين النجاسة وأثرها.

المزال عنه: إن كان المراد الصلاة فالثوب والبدن والمكان وإن كان المراد الانتفاع بالأكل والبيع وغير ذلك فلا بد من تمييز الطاهر من النجس.

وقد انقسمت الأعيان بحسب ذلك ثلاثة أقسام: قسم اتفق على طهارته وقسم

اتفق على نجاسته وقسم اختلف فيه.

القسم الأول: الأرض وجواهرها ومعادنها والحيوان عدا الخنزير والكلب والمذكى المأكول وما انفصل من لبن المباح فى حال الحياة إلا ما يأكل الجيف وكذلك العرق ونحوه وبول المباح وروثه إن خرج وهو حى وكذلك البيض وإن خرج من ميتة إلا أن يكون رطبًا وكذلك الريش والشعر والوبر وإن أخذ من ميتة وميتات البحر وما لا نفس له سائلة من دواب البحر وتحرم أوانى الذهب والفضة ليست لنجاستها بل للسرف ولا خلاف فى تحريم استعمالها وكذلك اقتناؤها على الأصح.

القسم الثانى: البول والعذرة من الآدمى الذى يأكل الطعام ومن المحرم الأكل والدم المسفوح عدا دم السمك وكذلك القيح والصديد والمذى والودى وكذلك المنى والعلة خروجه من محل البول وقيل لأن أصله دم وعليهما ينبنى الخلاف فى منى المباح والمكروه ولبن الخنزيرة ولحمها وشحمها وألقى المتغير عن حال الطعام وقيده اللخمى بما إذا شابه أحد أوصاف العذرة.

القسم الثالث: الخنزير والكلب والمشهور طهارة عينهما وشعرهما طاهر وقيل لا والخمر وقال ابن لبابة بطهارتهما وميتة الآدمى والقول بنجاستها لابن القاسم وأشار المازرى إلى التفرقة بين المسلم والكافر وما يعيش فى البر من ميتات البحر طاهر على المشهور وقرن الميتة وظفرها وسنها نجس وقيل بالفرق بين طرفها وأصلها وقيل بالطهارة كلها وفى ناب الفيل قول رابع بطهارته بالصلق وبول المباح الذى يصل إلى النجاسة نجس على المشهور، وكذلك من لم يأكل من الطعام من الآدمى وبول ما هو مكروه كالفارة مكروه وقيل نجس وفى لبن ما عدا الخنزير والمباح والآدمى مباح والنجاسة والكراهة فى المحرم وفى طهارة لبن الجلالة وبيضها والمرأة الشاربة للخمر وعرق السكران قولان والمشهور طهارة الخل المنقلب عن الخمر بالمحاولة وفى جلد الميتة إذا دبغ ثلاثة أقوال المشهور أنه يطهر طهارة خاصة فى اليابسات والماء وحده ولا يباع ولا يصلى به ولا عليه وفى جلد المذكى من المحرم الأكل قولان ولا يختلف فى جلد الخنزير وتوقف رحمه الله تعالى فى الكيمخت وهو جلد البغل والفرس والحمار إذا علمت الطاهر من النجس بانفراده وجب أن تعلم حكم اختلاطهما فأما الماء فقد تقدم حكمه وأما الطعام فإن كان جامدًا كالعسل والسمن

الجامدين ألقيت، وما حولها بحسب طول مكثها وقصره وإن كان مائعًا يسيرًا طرح جميعه وإن كان كثيرًا والنجاسة قليلة طرح على المشهور وسؤر ما عادته استعمال النجاسة إن ريئت فى فيه نجاسة عمل على حلولها فيما شرب منه وإن لم تر وعسر الاحتراز منه كالهرة والفارة فمغتفر وإن لم يعسر كالدجاج والأوز المخلاة فالغالب الحلول والأصل عدمه فقدم فى المدونة الأصل فى الطعام لحرمته ولم يؤمر بإراقته وقدم الغالب فى الماء لجواز طرحه فإن توضأ به وصلى أعاد فى الوقت خاصة لأن الصلاة لها حرمة فقويت لحرمتها وصارت كحرمة الطعام فاعتبر الأصل كما اعتبر فى الطعام وأعمل الغالب أيضًا فى ثياب غير المصلى وما يحاذى الفرج من غير العالم بالاستبراء وأعمل الأصل فيما ينسجه النصارى دون ما لبسوه وانفرد سؤر الكلب بمعنى الحديث وهو غسل الإناء من ولوغه سبعًا واختلف فى العلة قيل للنجاسة وقيل للاستقذار وقيل لما يخشى من داء الكلب والسبع تستعمل فى التداوى من السم لقوله ﷺ: «من تصبح على سبع تمرات عجوة لم يضره من ذلك اليوم سم» وفى اختصاصه بالمنهى عن اتخاذه قولان.

كيفية الإزالة: ولا تخلو النجاسة أن تكون معلومة الحلول فى المحل أو مشكوكة ثم معلومة الحلول إن كانت مما يعسر زوالها لتكررها فمعفو عنها كالدمل والجرح فى الجسد والثوب وكذلك يسير عموم الدم إن كان قدر الخنصر والدرهم على الخلاف فى مقدار اليسير إذا رآه فى الصلاة وقيل مطلقًا وروى يسير الحيض ككثيره وقال ابن وهب ودم الميتة وإن كانت مما لا يعسر أزيلت بالصب والدلك حتى يذهب عينها وأثرها فإن بقى طعمها لم يطهر المحل وإن بقى لونها أو ريحها لعسر قلعه بالماء فمغتفر ولا يضر ما بقى فى الثوب من بللها فإنه جنس المنفصل وإن كانت غير متميزة المحل غسل الجميع واختلف فى طهارة الزيت النجس واللحم يطبخ بماء النجس والزيتون يملح بماء النجس والبيض يصلق مع نجس بيض أو غيره بناء على كمال الطهارة فيه أو لا وفرق سحنون بين أن ينضح أو لا وإن شك فى إصابتها نضح إن كان فى الثوب وكذلك الجسد واستقرى الغسل من قوله ولا يغسل أنثييه من المذى إلا أن يخشى إصابتهما فإن انضاف إلى الشك فى الإصابة الشك هل هو طاهر أو نجس فلا شىء عليه، وكذلك إن شك فى طهارته على

المشهور ولو ترك النضح فصلى فقال ابن القاسم يعيد كالغسل، وقال أشهب لا إعادة وإن وقع الشك فى عين المصاب وإن كان متميزًا كالأوانى والثياب تجرى فى الثياب وقال ابن الماجشون يصلى بعدد النجس وزيادة ثوب وأما الأوانى فقال سحنون يتيمم ويتركها وقال ابن الماجشون يتوضأ بجميعها زاد ابن مسلمة ويغسل أعضاء الوضوء مما قبله وقال ابن سحنون يتحرى كالقبلة ابن القصارى إن قلت اجتهد وإن كثرت عمل كما قال ابن مسلمة.

* * *

اللواحق: وهى الأحداث وموانع الحدث

الحدث: هو الخارج من السبيلين معتادًا على وجه الاعتياد والمعتاد هو البول والمذى والودى والغائط والريح وغير المعتاد الدود وشبهه والحصى والدم وأما البواسير فالمشهور عدم تأثيرها وقال ابن عبد الحكم هى موجبة فلو خرج مع الحصى أو الدود شىء من المعتاد لعلق الوضوء به قاله ابن القاسم وابن نافع قال ابن مزين ما لم يكن مستنكحًا ولو خرج المعتاد من غير موضعه كالذى يتقياه وصار له ذلك عادة ففيه للمتأخرين قولان ولو خرج على غير الاعتياد كالسلس لم يوجبه ثم إن كانت ملازمته أكثر استحب له الوضوء كالاستحاضة وإن استويا سقط على المشهور فإن كانت مفارقته أكثر فالمشهور الوجوب وأما إن لازم فلا اعتبار به وإن كثر المذى للعزبة أو للتذكر فالمشهور الوضوء وألحق الفقهاء مظنة وجود الحدث بالحدث ويسمون ذلك سبب الحدث.

والأسباب ثلاثة:

الأول: زوال العقل بجنون أو إغماء أو سكر واختلف فى النوم فقيل هو حدث فى نفسه والمشهور أنه مظنة الحدث واختلف فى تحرير المقتضى لخروجه على ثلاثة طرق فمنهم من اعتبر النوم فى نفسه فى الخفة والثقل ومنهم من اعتبر هيئة النائم باعتبار ما يتيسر منه الخروج ومدارهم على ما يغلب على الظن خروج الحدث معه ولا يشعر.

الثانى: اللمس فإن وجد اللذة به انتقض وإن لم يجد ولم يقصد لم ينتقض وإن قصد ولم يجد انتقض على المنصوص.

الثالث: مس الذكر على المشهور وقيل ليس هو سبب وحيث قلنا هو سبب فاعتبر العراقيون قصده إلى اللذة وقيده مالك فى الرواية الأخيرة عنه أن يمسه بباطن الكف أو بباطن الأصابع واعتبر أشهب باطن الكف خاصة واعتبر فى المجموعة العمل وهذا عندى مشكل لأن المظنة إنما تتيسر حيث يغلب على الظن وجود الحكمة معها، أما إذا قطع بعدم وجودها لم تعتبر إجماعًا قاله عز الدين ابن عبد السلام.

* * *

موانع الحدث

وتمنع من الصلاة ومس المصحف أو جلده ولو بقضيب ولا يحمله فى شىء إلا تبعًا لغيره ولا بأس بكتب التفسير والدراهم، وقال ابن القاسم لا بأس للجنب أن يكتب الصحيفة فيها البسملة ومواعيظ من القرآن ولا بأس أن تعلق الحائض والصبى فى العنق آيات من القرآن إذا أخرز عليه، وكذلك الحامل وأنكر تعليق ما لا يعرف مما يكتب بالعبرانية والعقل فى الحيض واستحب مالك إمساك اللوح للمتعلم، وكذلك للمعلم يشكلها قاله ابن القاسم والجزء له كاللوح بخلاف الكل وحكى ابن يونس الجوار أيضًا والجنابة والحيض يمنعان أيضًا ما يمنع الوضوء ويمنعان من دخول المسجد وإن كان عابرًا على المشهور وفى قراءتهما القرآن قولان المشهور الجواز للحائض دون الجنب إلا اليسير كالآية ونحوها وكذلك النفساء ولا تقرأ على المنصوص ويختص الحيض والنفاس بمنع وجوب الصلاة ومنع صحة الصوم وتقضيه والوطء فى الفرج اتفاقًا ما لم تطهر وتغتسل على المشهور وقيل أو تتيمم وقال ابن بكير يكره قبل الاغتسال ويجوز أن يستمتع بما فوق الإزار لا ما تحته على المشهور ويختص الحيض بمنع الزوج من الطلاق فيه.

* * *

كتاب الصلاة

حقيقتها لغة: الدعاء، وشرعًا: الأفعال المخصوصة.

حكمة مشروعيتها: التذلل والخضوع لله تعالى المستحق للتعظيم ومناعمة القلب بذكره واستعمال الجوارح فى خدمته.

• أقسامها:

فرض وغير فرض ثم الفرض قسمان: فرض عين وهو الخمس وفرض كفاية وهو صلاة الجنائز وغير الفرض سنة وفضيلة ونافلة ثم فرض العين ينقسم بحسب هيئته ستة أقسام: جماعة وجمعة وجمع وخوف وقصر واستخلاف.

• أركانها:

المصلى والمصلى إليه والمصلى به وكيفية الصلاة؛ المصلى من وجد فى حقه المقتضى للوجوب والصحة والمقتضى للوجوب وجود السبب والسبب دخول الوقت والشرط الإسلام والبلوغ والعقل وانتفاء المانع والنقاء من الحيض والنفاس والوقت قسمان: وقت أداء وهو ما عينه الشارع لإيقاع تلك الصلاة، ووقت القضاء ما خرج عن ذلك ثم الأداء اختيار وفضيلة وضرورة الاختيار هو الموسع وأوله فى الظهر زوال الشمس وآخره أن يصير ظل القائم مثله بعد القدر الذى زالت عليه الشمس وهو أول وقت العصر ويصير مشتركًا بينهما وقال أشهب الاشتراك فيما قبل القامة بما يسع إحداهما، وقال ابن حبيب: لا اشتراك وأنكر فإذا زال الظل عن المثل اختص الوقت بالعصر وآخر وقتها الاصفرار، وقيل أن يصير ظل القائم مثليه وأول وقت المغرب غروب الشمس دون أثرها ووقتها واحد وفى الموطأ أنه يمتد إلى مغيب الشفق وهو أول وقت العشاء فيكون مشتركًا، وقال أشهب: الاشتراك فيما قبل مغيب الشفق وآخر وقتها ثلث الليل وقيل النصف وأول وقت الصبح طلوع الفجر لمستظل وآخره الإسفار الأعلى وقيل طلوع الشمس ووقت الفضيلة للمنفرد فى الظهر أول الوقت وقيل كالجماعة والأفضل للجماعة تأخيرها إلى ربع القامة وبعده لا سيما فى شدة الحر والسنة فى الجماعة أول الوقت والأفضل فى الصبح

والعصر أول الوقت وكذلك المغرب وفى العشاء التأخير ووقت الضرورة يدخل عند خروج وقت الاختيار، فإن أخر الصلاة إليه مختاراً فهو قاض وقال ابن القصار مؤد عاص وهو بعيد وقيل مؤد وقت كراهة وإن أخرها إليه من له عذر كالنائم يستيقظ والناسى يتذكر والحائض والنفساء يطهران والصبى يحتلم والكافر يسلم فهو مؤد فإذا بقى من النهار مقدار ركعة وقيل الركوع فقد أدرك العصر وهو فيها مؤد ويدرك الصلاتين بزيادة ركعة على مقدار الأولى وقيل على مقدار الثانية ومن قام به عذر فى وقت أداء صلاة فإنها تسقط عنه خلاف الناسى والنائم.

• شروط الصحة:

خمسة: طهارة الخبث ابتداء ودوامًا فى الثوب والبدن والبقعة، وطهارة الحدث، واستقبال القبلة إلا فى القتال وفى السفر الطويل للراكب فيصلى حيثما توجهت به دابته ابتداء ودوامًا.

تنبيه: إنما ذكرت الاستقبال من الشروط اتباعًا لغيرى وهو عندى ركن على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

وستر العورة: وهى فى الحرة ما عدا وجهها وكفيها وفى الرجل السوأتان بلا خلاف وقيل من السرة إلى الركبة وهما على غير الخلاف داخلتان وقيل هما داخلتان فى عورة الأمة كالرجل يتأكد ولذلك إذا صليا بادى الفخذين تعيد الأمة فى الوقت خاصة على المشهور وأم الولد آكد منها، ولذلك استحب لها إذا صلت بغير قناع تعيد فى الوقت.

والترتيب: وهو أيضًا فى قضاء يسير الفوائت إذا كانت خمسًا فما دونها أصلاً أو بقيت من صلاة قضاها واجب مع الذكر والقدرة وتقدم على الوقتية وإن ضاق الوقت على المشهور وفى وجوب ترتيب الكثير قولان ولا تقدم إن ضاق الوقت اتفاقًا.

المصلى إليه:

هو الله تعالى ولما كان المحل محالاً فى حقه أقام الكعبة مقام محله والقدرة على الصلاة إلى عينها تمنع الاجتهاد وعلى الاجتهاد تمنع التقليد إلا لمن بالمدينة فإنه يستدل بمحرابه ﷺ فإنه قطعى وكذلك المحاريب التى بالأمصار التى تعلم أن أمير

المؤمنين نصبها وأجمع الناس عليها وحيث قلنا بالاجتهاد فذلك للعالم بالأدلة وهل المطلوب فى الاجتهاد الجهة أو السمت قولان والقول باعتبار السمت بشكل بصلاة الصف الطويل بغير مكة وأما العامى فإنه يقلد مسلمًا عالمًا بالأدلة مكلفًا وله أن يصلى إلى المحاريب.

تنبيه: يؤمر الإمام والمنفرد بسترة ولو مثل مؤخرة الرحل إن كان لا يأمن المرور وقيل وإن أمن إلا أن يصلى بمكان مشرف يغاب عنه رءوس الناس والستر أحب إلى، قال ابن القاسم ويأثم المار بين يدى المصلى إن كانت له مندوحة وكذلك المصلى إن تعرض ولا يقطع الصلاة لشىء ولا يصمد إلى السترة بل ينحرف عنها قليلاً والمناولة بين يديه لا تصلح قاله مالك.

المصلى به:

هو القرآن والواجب هو الفاتحة والمشهور وجوبها فى كل ركعة للإمام والفذ وتستحب للمأموم فى السرية.

الكيفية:

هى الإتيان بالفرائض والسنن والفضائل واجتناب المكروهات.

• الفرائض:

اثنا عشر: النية وتكبيرة الإحرام ولفظها «الله أكبر» معينًا والفاتحة والقيام لها والركوع وأقله أن ينحنى حتى تقرب راحتاه من ركبتيه والرفع منه فإن أخل وجبت الإعادة على الأشهر فإن لم يعتدل قال ابن القاسم أجزأه ويستغفر. وقال أشهب: لا يجزئه وقيل إن قارب أجزأ والسجود على الجبهة والأنف فإن اقتصر على أحدهما فثلاثة يفرق فى الثالث فيجزئه فى الجبهة دون الأنف والرفع منه والاعتدال والطمأنينة على الأصح وحكمهما فى الرفع من السجود كالركوع والجلوس للتسليم ويستحب فى جميع الجلوس جعل الورك اليسرى على الأرض ورجلاه من الأيمن ناصبًا قدمه اليمنى وباطن إبهامها يلى الأرض وكفاه مطروحتان على فخذيه ويعقد فى التشهدين فى اليمنى تسعة وعشرين وجانب السبابة يلى وجهه ويشير بها عند التوحيد، وقيل دائمًا وقيل لا يحركها والتسليم ولفظه السلام عليكم معينًا فلو نكر صح على المشهور.

وفى اشتراط نية الخروج قولان ويتيامن الإمام والمنفرد قليلاً مرة واحدة وروى مرتين والمأموم عن يمينه ويزيد اثنين على المشهور أمامه ثم يساره إن كان فيه أحد.

وحكى القاضى عياض أن الخشوع من الفرائض وهو مذهب الشافعى، قال اللخمى أرى أن يلزم الخشوع والإخبات لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ﴾ [المؤمنون:٢] قيل هو غض البصر وخفض الجناح وحزن القلب.

• السنن:

اثنا عشر: الأذان والإقامة وسورة مع الفاتحة فى الأولتين وفى كل نافلة والقيام لهما والجهر والإسرار والتكبير، وقول الإمام والفذ سمع الله لمن حمده والجلوس الأول وتشهده والجلوس الثانى وتشهده إلا قدر ما يوقع فيه السلام والزائد على قدر الاعتدال فى الفصل بين الأركان والصلاة على سيدنا محمد ﷺ على الأصح.

• الفضائل:

عشرون: رفع اليدين مع تكبيرة الإحرام وإطالة القراءة فى الصبح والظهر تليها والعصر والمغرب يخففان والعشاء متوسطة والقراءة على ترتيب المصحف والتأمين للمنفرد وللمأموم إذا قال الإمام ولا الضالين ويتحرى قوله إن لم يسمعه ويؤمن الإمام إذا أسر وقيل وإذا جهر والتسبيح فى الركوع والدعاء فى السجود وقول المأموم اللهم ربنا ولك الحمد وقيل لك بغير واو ويقولها الفذ بعد قوله سمع الله لمن حمده والقنوت وستر جميع البدن ومباشرة الأرض بالوجه والكفين وأن يجافى ضبعيه عن جنبيه فى السجود والدنو من السترة ولينحرف عنها قليلاً وأن يروح بين قدميه فى القيام وأن يضع بصره فى موضع سجوده وسجوده على أعضائه السبعة وأن يأتى الصلاة بالسكينة والوقار وترتيل القراءة وقراءة المأموم فيما يسر فيه وإسرار التشهدين واتخاذ الرداء.

• المكروهات:

خمس وعشرون: مدافعة الأخبثين والإقعاء وتشبيك الأصابع وفرقعتها والترويح والعبث باللحية أو بخاتم وإقران قدميه وهو الصفد ووضع رجل على رجل ورفع إحدى رجليه وهو الصفن ووضع يديه على خاصرتيه وتجافى عضديه وهو قائم وهو الصلب ووضع يديه على خاصرتيه وهو الاختصار والتلثم عمداً فى فريضة

إلا أن يكون زيهم، والدعاء بين الإحرام والقراءة والدعاء فى الركوع وقراءة القرآن فيه وفى السجود وفى التشهد وتقنيع الرأس فى الركوع ورفع البصر إلى السماء والسجود على ما فيه ترفه والقراءة على خلاف ترتيب المصحف والاتكاء والالتفات وقتل البرغوث والقمل، قال فى المدونة: لا يقتلها ولا يلقيها فى المسجد ولا يقتلها فيه وإن كان فى غير صلاة وقراءة السجدة عمداً فى الفريضة للإمام والفذ وعن مالك لا تكره فى مسجد يقل أهله وحديث النفس بأمور الدنيا وما كان منه مشغلاً بحيث لا يدرى ما صلى فظاهر المذهب أنه يعيد أبدا والترويح بكمه أو غيره ويلحق بذلك المواضع المنهى عن الصلاة فيها وهى المقبرة والمجزرة والمزبلة ومحجة الطريق وبطن الوادى وظهر بيت الله الحرام ومعاطن الإبل وكرهت فى الحمام للنجاسة وكذلك المقبرة فإن كان الحمام مأمونًا من النجاسة والمقبرة مأمونة من أجزاء الموتى لم تكره على المشهور، وقيل إلا مقابر المشركين وتكره فى الكنائس للنجاسة والصور ويلحق بذلك أيضًا الأوقات المنهى عن الصلاة فيها وهى بعد الفجر إلا فى الفجر وركعتيه إلى أن تطلع الشمس وترتفع وبدع صلاة العصر إلى أن تغرب الشمس وبعد الجمعة حتى ينصرف المصلى وتستثنى الفوائت عمومًا وقيام الليل لمن نام عن عادته ما بين الفجر وصلاته خصوصًا وفى صلاة الجنازة وسجود التلاوة بعد صلاة الصبح وقبل الإسفار وبعد صلاة العصر وقبل الاصفرار ثلاثة الجواز فى المدونة والمنع فى الموطأ والجواز فى الصبح لابن حبيب، وأما الإسفار والاصفرار فممنوع إلا أن يخشى تغير الميت.

* * *

الجماعة

• أركانها:

ثلاثة: الإمام والمأموم والموقف.

• شروط الإمام:

عشرة: الإسلام والبلوغ والعقل والذكورية والحرية فى الجمعة خاصة والعدالة

والعلم بما لا تصح الصلاة إلا به من الفرائض والسنن والعلم بالقراءة التى لا تصح الصلاة إلا بها والقدرة على جميع الأركان ونية الإمامة فى خمسة مواضع وهى: الجمعة والجنازة والجمع والخوف والاستخلاف.

• شروط المأموم:

ستة: أن يكون قد صلى تلك الصلاة فى جماعة أو وحده وهو إمام راتب ونية الاقتداء وأن يأتم مفترض بمتنفل واتحاد الفرضين فى العين والوقت والمتابعة فإن ساواه فى الإحرام والسلام بطلت وعن ابن القاسم إن أحرم معه أجزأه وبعده أصوب وأن يدرك ركعة فأكثر مع الإمام قال مالك وحد إدراكه الركعة أن يمكن يديه من ركبتيه قبل رفع الإمام مطمئنًا.

• الموقف:

ويقف الواحد عن يمينه والاثنان خلفه والنساء وراءهم والمسبوق يقوم بتكبير إن كانت ثانية وقيل مطلقًا وفى المدونة فى مدرك التشهد الأخير يقوم بتكبير وفى إتمامه ثلاث طرق بأن فى الأفعال والأقوال قاض فيهما والفرق فيبنى فى الأفعال دون الأقوال وعلله اللخمى بأنه بقاء ولكن القراءة لا تفسد تأليفها.

* * *

الجمعة

• شروط وجوبها:

أربعة: الذكورية والحرية والإقامة والقرب، فمن كان منزله على ثلاثة أميال من طرف البلد وقيل من المنار لزمه الإتيان.

• شروط الأداء:

أربعة: إمام وجماعة وجامع وخطبة والمشهور فى الجماعة نفى التحديد لكن لا تنعقد بالأربعة ونحوها والمعتبر ما تتقرى بهم قرية من الذكور الأحرار وفى اشتراط كونهم ممن يجب عليهم قولان وثمرة الخلاف إذا فر الناس عن الإمام ولم يبق معه إلا عبيد أو نساء.

● **مستحباتها:**

خمسة، الغسل عند الرواح والتجمل بالثياب واستعمال الطيب والقراءة فى الأولى بالجمعة وفى الثانية بالغاشية أو بسبح والتكبير.

● **المكروهات:**

الصلاة والإمام يخطب وترك استقباله واللغو وسلام الإمام على الناس إذا رقى المنبر والجهر بالتأمين عند الدعاء والصلاة على سيدنا محمد ﷺ وتحميد العاطس وتشميته وتخطى رقاب الناس والإمام على المنبر وله أن يتقدم إلى فرجة بين يديه قبل ذلك وأن يشرب الماء أو يدور على الناس يسقيهم والإمام على المنبر، وكذلك قراءة القرآن وأن يقول لأحد انصت وترك العمل يوم الجمعة وإنشاء السفر قبل الزوال.

* * *

الجَمْع

له خمسة أسباب: السفر ويشترط الجد فيه وزاد أشهب لإدراك أمر مهم أو لخوف فوات أمر والمطر واجتماع الطين والظلمة وفى الطين وحده قولان وذلك مختص بالمغرب والعشاء على المنصوص والمرض وقيل لا يجمع وليصل كل صلاة لوقتها والخوف وفيه قولان لابن القاسم.

كيفيته: أن تؤخر المغرب قليلاً وتقدم العشاء إليها على المشهور ويؤذن أذانًا خفيفًا داخل المسجد وقيل فى الصحن وينوى الجمع فى أول الأولى لا فى أول الثانية وقيل يجزئه وثمرة الخلاف إذا حصل السبب بعد أن صليت الأولى أو إدراك الثانية من صلى الأولى وحده.

* * *

الخوف

إذا حصل على النفس أو على المال فى السفر أو الحضر جاز لهم أن يصلوا صلاته ومنع ابن الماجشون من إقامتها للحاضر ثم إن كانوا فى القتال أخروا الصلاة إلى أن يخشوا فواتها فتصلى حينئذ بحسب الإمكان إلى القبلة وغيرها ولا يتركون ما يحتاجون إليه من قول أو فعل وإن لم يكونوا فى القتال قسمهم الإمام قسمين فيصلى بالأولى ركعة إن كانت الصبح وركعتين إن كانت غيرها ثم يقوم ويثبت قائمًا داعيًا أو ساكتًا فإذا قام أكمل من خلفه صلاتهم وانصرفوا تجاه العدو وجاءت الأخرى فصلت معه فإذا سلم قامت للقضاء وإلى هذا رجع ابن القاسم.

* * *

القصر

المشهور أنه سنة وروى أشهب أنه فرض وقيل مستحب وقيل مباح ولم يختلف مالك وأصحابه أن المتم إنما يعيد فى الوقت الرباعية التى أدرك وقتها فى السفر ولم يحضر قبل فعلها وقبل خروجه ويقصر قضاء السفرية فى السفر والحضر كما يتم قضاء الحضرية فيهما.

سببه: مطلق السفر للخارج من مكة إلى عرفة ويشترط فى غيره ستة شروط:

الأول: أن يكون طويلاً أربعة برد وهى ثمانية وأربعون ميلاً واعتبار اليومين يرجع إليه عند المحققين.

الثانى: أن يكون مباحًا على المشهور وفى المكروه كسفر اللهو قولان.

الثالث: أن يعزم من أوله على قدره من غير تردد.

الرابع: أن يشرع فيه ويشترط فى الشروع مجاوزة البيوت الخارجة والبساتين ومفارقة بيوت الحلة إن كان بدويًا.

الخامس: استصحاب نية السفر فإن نوى فى أثنائه إقامة أربعة أيام أتم.

السادس: أن لا يأتم بمقيم فإن فعل أتم على المشهور.

الاستخلاف

وإذا عجز الإمام عن الأركان أو عن الصلاة كذكر الحدث وغلبته وكالرعاف فله أن يستخلف وفى استخلافه يذكر منسية قولان لأشهب وابن القاسم ولا يستخلف إلا من أدرك ركعة قبل العذر ولو استخلف من فاته الركوع أمر المستخلف باستخلاف غيره أو استخلفوا هم فإن صلوا خلفه بطلت على الأصح بناء على أنه مستقبل فيها لا يعتد به أولاً لوجوبه عليه بدخوله ثم إن كان راكعًا أو ساجدًا استخلف وهو كذلك وقيل بعد الرفع ولا يكبر لئلا يقتدى به ويبتدئ المستخلف من حيث انتهى الإمام ويبتدئ فى السرية بالفاتحة فإذا أتم صلاة الإمام وكان مسبوقًا قام وأشار إليهم أن اجلسوا وقام أيضًا من كان مسبوقًا فإذا قضى ما فاته سلم بهم ولو جهل ما صلى الإمام أشار إليهم فأفهموه بالإشارة ثم بالتسبيح وإلا تكلم.

* * *

السنن

السنن خمس: الوتر وركعتا الفجر والعيدان والاستسقاء والكسوف.

• الوتر:

ركعة واحدة ويستحب أن يقرأ فيها بسورة الإخلاص والمعوذتين جهرًا ووقته إذا صليت العشاء ويمتد إلى أن تصلى الصبح على المشهور فإن تنفل بعده ففى إعادته قولان ويستحب فى تمام فضيلته أن يسبقه شفع يفصل بينهما بسلام وقيل هو شرط فى الصحة وثمرته جواز الاقتصار على الوتر للمعذور كالمريض والمسافر ثم فى شروط اتصاله أو يجوز أن يفرق بينهما بالزمن الطويل قولان ويستحب أن يكون آخر تهجده وفى قراءة الشفع بـ ﴿سبح. . .﴾ و ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ روايتان.

• ركعتا الفجر:

والقراءة فيهما بأم القرآن خاصة على المشهور ووقتهما بعد طلوع الفجر يركعهما

ما لم يسفر جدا وينويهما فلو صلى ركعتين بغير نية لم تجزياه وإذا أقيمت الصلاة وهو فى المسجد دخل مع الإمام ولم يركعهما ولو سمع الإقامة وهو خارج المسجد ركعهما فى غير أفنية المسجد اللاصقة له ولو أتى المسجد بعد أن ركعهما فى بيته ففى إعادتهما قولان فإن دخل المسجد قبل ركوعهما اقتصر عليهما وقيل بعد تحية المسجد.

• العيدان:

المستحبات: عشر: الغسل قبل الفجر أو بعده واستعمال الطيب ولبس الثياب الجيدة للرجال والنساء من خرج ومن قعد لكن الشواب يمنعن الخروج بخلاف العجائز ويخرجن فى ثياب بذلة والمشى إليها وإيقاعها فى الصحراء إلا بمكة والخروج بعد طلوع الشمس إن أدرك والتكبير جهرًا فى أثنائه يسمع نفسه ومن يليه والرجوع من غير الطريق الذى خرج منه وتقديم الفطر فى عيد الفطر وتأخيره فى النحر.

الكيفية: يصلى الإمام ركعتين وقت حل النافلة بغير أذان ولا إقامة يكبر فى الأولى سبعًا وفى الثانية ستًا بتكبيرة القيام ثم يقرأ فى الأولى بسبح وفى الثانية بالشمس فإن نسى التكبير تداركه قبل الركوع وأعاد القراءة وسجد بعد السلام وإن ذكر بعد الركوع لم يتداركه وسجد قبل السلام، ثم يخطب كخطبتى الجمعة من جلوس وغيره يستفتح بسبع تكبيرات تباعًا ثم إذا مضت من الخطبة كلمات كبر ثلاثًا وكذلك يفعل فى الثانية.

• الاستسقاء:

عند الحاجة إلى الماء لزرع أو لشرب حيوان وكذلك يستسقى ويخرج الناس متذللين خاشعين ويصلى الإمام بهم ركعتين بغير أذان ولا إقامة وقراءته فيهما بسبح وبالشمس ونحوهما والسنة أن تصلى ضحوة فإذا سلم استقبل الناس وجلس جلسة خفيفة ثم يقوم متكيًا على عصا فيخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة خفيفة ويجعل مكان التكبير فى خطبتى العيد الاستغفار ويبالغ فى الدعاء فى الثانية فإذا فرغ استقبل القبلة قائمًا وهم جلوس وحول رداءه بجعل ما على عاتقه الأيمن على الأيسر ويفعل الناس مثل ذلك وهم جلوس وكذلك يدعون.

• **الكسوف:**

وإذا كسفت الشمس فليفزع الناس إلى الصلاة كما ورد وصلاته ركعتان بغير أذان ولا إقامة فى كل ركعة ركوعان يقرأ فى الأولى بعد الفاتحة بنحو سورة البقرة ثم يركع فيطيل نحو القراءة ثم يرفع فيقرأ بعد الفاتحة بآل عمران ثم يركع فيطيل كذلك، ثم يسجد ويطيل نحو الركوع على المشهور ولا يطيل الجلوس بين السجدتين ثم يقوم فيقرأ بعد الفاتحة بنحو سورة النساء ثم يركع مثل ذلك ثم يرفع فيقرأ بعد الفاتحة بنحو المائدة ثم يسجد ويسلم والقراءة فيهما سراً على المشهور وتصلى فى المسجد ضحوة إلى الزوال فإن انجلت فى أثنائها ففى إتمامها كالنوافل قولان لأصبغ وسحنون وإن لم تنجل ابتهل بالدعاء ويستقبل الناس يذكرهم ويأمرهم بالتوبة والصدقة.

* * *

الفضائل

الفضائل خمس: قيام رمضان وسجود التلاوة وتحية المسجد وصلاة الخسوف وصلاة الضحى والنوافل ما عدا ذلك.

• **قيام رمضان:**

ثلاثة وعشرون بالشفع والوتر والجماعة فيها مستحبة وصلاة المنفرد فى بيته لطلب السلامة أفضل على المشهور ما لم يتعطل.

• **سجود التلاوة:**

سجدة واحدة يشترط فيها ما يشترط فى الصلاة إلا الإحرام والسلام ويكبر لها إن كان فى صلاة وكره فى المدونة التكبير لها فى غير الصلاة ثم قال أرى أن يكبر وخيره ابن القاسم وهى إحدى عشرة ومحالها معلومة وقال ابن وهب خمس عشرة وأضاف إليها آخر الحج وآخر النجم والانشقاق وآخر القلم وروى أربع عشرة ما تقدم عدا ثانية الحج والمخاطب بها القارئ وقاصد الاستماع إن كان القارئ صالحًا للإمامة فإن لم يسجد القارئ سجد المستمع.

• **تحية المسجد:**

ركعتان فإن كان مارًا جاز الترك.

• **الخسوف:**

ركعتان كسائر النوافل يجمع لها على المشهور.

• **صلاة الضحى:**

ليس لها حد وروى أنه عليه الصلاة والسلام صلاها عام الفتح ثمانى ركعات.

* * *

اللواحق

ونعنى بها ما يطرأ على المصلى فى الصلاة وهى فى غرضنا ثمانية: القىء والحدث ورؤية النجاسة فى الثوب والرعاف وذكر المنسية والكلام والأفعال والسهو.

القىء: مبطل كان عمدًا أو غير عمد ابن القاسم ولو تقيأ بلغمًا أو قلسا وألقاه تمادى ولو ابتلع القلس بعد إمكان طرحه وظهر على لسانه أفسد صلاته قال فى المجموعة وإن كان سهوًا بنى وسجد بعد السلام.

الحدث: مبطل.

رؤية النجاسة: إن كانت يسيرًا قدر الخنصر أو الدرهم على الخلاف تمادى وإن كان كثيرًا أو يسيرًا وهو بول ألقى الثوب وابتدأ قاله فى المدونة وقال ابن الماجشون يتمادى ثم إن كان نزعه ممكنًا أعاد فى الوقت وقال مطرف إن أمكنه نزعه وتمادى وإلا استأنف.

الرعاف: إن علم الراعف دوامه بعادة تمادى ثم إن خاف على نفسه صلى إيماء وإن خشى أن تتلطخ ثيابه ففى إتمامه قولان وإن شك فتله ومضى فإن كثر وتلطخ به قطع وإلا خير فى الغسل والخروج لغسل الدم ثم يبنى بأربعة شروط أن يخرج ممسكًا لأنفه إلى أقرب المياه الممكنة غير متكلم ولا ماش على نجاسة فإذا غسل الدم وكان بدأ أتم صلاته فى ذلك الموضع إن صلح للصلاة وإن كان إمامًا رجع ثم إن

كان عقد ركعة بسجدتيها بنى عليها وإلا بنى على إحرامه ويبتدئ من القراءة وقيل من حيث انتهى وله أن يستخلف وإن كان مأمومًا وكانت الجمعة رجع إلى أقرب موضع تصلى فيه إن كان أتم ركعة بسجدتيها على المشهور وإن كانت غير جمعة وكان عقد ركعة وقيل أتمها فإن غلب على ظنه أن إمامه أكمل أتم مكانه وإن غلب على ظنه عدم إكماله رجع فإن خالف ظنه فى الصورتين بطلت صلاته أصاب ظنه أو أخطأ فإن اجتمع فى حقه البناء والقضاء ففى البداية قولان لابن القاسم وسحنون، ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن تفوته الأولى من الرباعية ويدرك الثانية والثالثة ويرعف فى الرابعة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد ثم هل يجلس لأنها آخر صلاة الإمام ولأنه لا يقوم للقضاء إلا من جلوس أو لا يجلس لأنه بان على حكم نفسه قولان ثم يأتى بركعة بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم بأخرى بالحمد خاصة من غير جلوس.

الثانية: أن تفوته الأولى ويدرك الثانية وتفوته الثالثة والرابعة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد خاصة ثم يجلس لأنها ثانية ثم يقوم فيأتى بركعة بالحمد خاصة ثم هل يجلس أو لا القولان ثم يأتى بركعة بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس لأنها ثانية ثم يقوم فيأتى بركعتين بالحمد خاصة من غير جلوس.

الثالثة: أن تفوته الأوليان والأخيرة ويدرك الثالثة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد خاصة ثم يجلس لأنها ثانية وآخرة الإمام ثم يقوم فيأتى بركعتين بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس أيضًا ثم بركعة بالحمد وسورة ثم بركعة بالحمد خاصة ويجتمع القضاء والبناء فى حاضر أدرك ثانية مسافر فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بأم القرآن ثم جلس لأنها ثانيته ثم بركعة بأم القرآن وخاصة ثم بركعة بالحمد وسورة ويجرى الخلاف فى جلوسه بعد ركعتى البناء وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم جلس ثم يقوم فيأتى بركعتين بالحمد خاصة ويجتمع أيضًا فيمن أدرك مع الإمام ثانية صلاة الخوف فى حضر فإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس لأنها ثانيته ثم يقوم فيأتى بركعتين بأم

القرآن خاصة وإن بدأ بالبناء أتى بركعة بأم القرآن وجلس ثم يقوم فيأتى بركعة بأم القرآن ثم هل يجلس أو لا القولان ثم يأتى بركعة بأم القرآن وسورة ولو شك فى الوضوء وهو يغسل الدم فيتوضأ ثم ذكر أنه باقٍ على وضوئه بطلت صلاته.

ذكر الصلاة: ولذلك أربع صور نفل فى نفل يتمادى، نفل فى فرض يتمادى أيضًا. فرض فى نفل إن عقد ركعة شفعها وإلا قطع. فرض فى فرض مما يجب ترتيبه معه فإن كان منفردًا ولم يركع قطع أو إن صلى ركعة شفعها وقطع وإن صلى ركعتين سلم وإن صلى ثلاثًا أتمها واستحب ابن القاسم أن يقطع وإن كان مأمومًا تمادى وفى وجوب الإعادة قولان وإن كان إمامًا وأعلمهم فيقطعون ولا يستخلف وقال سحنون يستخلف والبطلان لا يسرى إليهم.

الكلام: عمدًا لغير إصلاح الصلاة مبطل وإن وجب لإنقاذ أعمى وشبهه ولإصلاحها مثل لم تكمل فيقول أكملت مغتفر. وما كان منه سهوًا أو سبق لسان أبطل كثيره وانجبر قليله بالسجود ويدخل فى ذلك كل ما ينطلق عليه اسم كلام من غير تحديد لحروفه ولا تعيين له.

الفعل: كثيره مبطل وإن وجب وهو ما يعد به معرضًا عن الصلاة والقليل جدًا مغتفر وأما القليل لضرورة كرد السلام بالإشارة والإشارة الخفيفة لحاجة والمشى لضرورة كانفلات دابة أو لسترة أو لدفع مار دفعًا خفيفًا فمشروع ولغير ضرورة فإن أطال الإعراض فيبطل عمده وينجبر سهوه بالسجود.

* * *

السهو

له سجدتان فللزيادة بعد السلام وللنقصان وحده أو معها قبله.

حكمة مشروعيتهما: جبر الفائت فى النقص وترغيم الشيطان فى الزائد والشكر لله تعالى على الإكمال ويكبر لهما فى ابتدائهما وفى الرفع منهما ويتشهد لسجدتى البعدية وفى التشهد للقبلية قولان فإن سها عن البعدية سجد متى ما ذكر ولو بعد شهر، فإن كان فى صلاة فبعدها وإن سها عن القبلية سجدهما ما لم يطل أو

يحدث ثم إن كانتا من الجمعة رجع إلى الجامع فسجدهما فيه فإن طال أو أحدث بطلت على المشهور وإن ذكرهما وهو فى صلاة وحكمنا ببطلان الأولى فهو كذاكر صلاة فى صلاة.

● **الزيادة:**

إن كانت قولاً فى محله كزيادة سورة فى الأوليين فمغتفر كما لو خرج من سورة إلى سورة ولو قرأ فى الثالثة سورة مع الفاتحة فكذلك وقيل يسجد وإن كانت فعلاً عمداً بطلت وجهلاً قولان ويسير السهو مغتفر وكثيره مبطل والوسط منجبر بالسجود والخلاف فى آحاد الصور فى شهادة وإن لم يدر أشرع فى الوتر أم هو فى ثانية الشفع جعلها ثانية ويسجد بعد السلام ومن قام إلى ثالثة فى نافلة سهواً رجع ما لم يرفع رأسه من الركوع، فإن رفع أتى برابعة وسجد قبل السلام لنقص السلام من محله وقيل بعده ولو قام الإمام إلى خامسة فمن أيقن موجبها وجلس عمداً بطلت ومن أيقن انتفاءه وتبعه عمداً فكذلك ويعمل الظان على ظنه والشاك على الاحتياط فلو قال لهم حين سلم كانت لموجب فأربع صور:

الأولى: أن يلزمه اتباعه فتبعه فصلاته صحيحة.

الثانية: أن لا يلزمه اتباعه فلم يتبعه فكذلك ويأتى بركعة.

الثالثة: أن يلزمه اتباعه فلم يتبعه فصلاته باطلة على المنصوص وقال سحنون تصح.

الرابعة: أن لا يلزمه اتباعه فتبعه عمداً فقال سحنون تبطل وقال ابن المواز تصح وإن تبعه متأولاً، فقال سحنون: أرجو أن تجزيهم وأحب إلى أن يعيدوا وإن تبعه سهواً صحت.

وهل يكلفه الإتيان بركعة أو لا قولان: وهما على الخلاف فيمن ظن أنه أكمل فأتى بركعتين نافلة ثم ذكر أنه إنما صلى ركعتين ففى نيابة هذه النافلة عما وجب عليه خلاف وفى إلحاق الجهل بالسهو قولان ولو كان مع الإمام مسبوق فتبعه فى هذه الخامسة فهل تنوب له عن ركعة القضاء قولان بناء على أن الإمام فيها بانيًا أو قاضيًا ابن المواز ولو تبعه فيها وهو يعلم أنها خامسة بطلت وإن لم يعلم فليقض ركعة أخرى ويسجد لسهوه ولو قال كنت أسقطت سجدة أجزأته عما فاته.

• النقصان:

إن كان فى فرض لم ينجبر إلا بتداركه فى محله ويقطع فى الإحرام والسلام، فإذا أخل بركوع أو سجود من ركعة تلافاه ما لم يعقد الركعة التى بعدها برفع الرأس من ركوعها وقيل بوضع يديه على ركبتيه وليرجع إلى القيام ويستحب أن يقرأ قبل أن يركع وقيل يرجع إلى الركوع ولو ترك الفاتحة من الرباعية ففى المدونة قولان إلغاء الركعة والجبر بالسجود وإذا قلنا بالجبر فثلاثة: الصحة والإعادة فى الوقت والإعادة أبدا والشك فى النقصان كتحققه والموسوس يبنى على أول خاطر به ولو ذكر فى تشهد الرابعة أو شك فى سجدة ولم يدر محلها فقال ابن القاسم يسجد ثم يأتى بركعة وقال عبد الملك ويتشهد وقال أشهب وأصبغ يأتى بركعة ولا يسجد وفى قراءتها بأم القرآن خاصة قولان لابن القاسم وأشهب فلو كان فى قيامها جلس ثم تشهد بلا خلاف حكاه ابن يونس فلو ذكرها فى قيام الثالثة جرى على الخلاف المتقدم وسجوده قبل السلام على قول ابن القاسم وبعده على قول أشهب وإن كان فى سنة وتركها عمداً ففى بطلان صلاته قولان قال على وسحنون لا تجزئه، وقال ابن القاسم: إذا ترك السورة فى الأولى أو فيها وفى الثانية عمداً لم يعد ويستغفر الله وعلى الصحة ففى السجود قولان وإن تركها سهواً وهى فعل سجد قبل السلام وإن كانت قولاً قليلاً كالتكبيرة اغتفرت وقيل يسجد وإن كان كثيراً سجد على المشهور وعلى المشهور يسجد قبل السلام كنقص الفعل وقيل بعده لضعفه والمسبوق يسجد مع الإمام سجدتى القبلية إن عقد معه ركعة وقيل وإن لم يعقد ولا يسجد سجدتى البعدية ويقوم للقضاء إن شاء بعد سلام إمامه وإن شاء عند تشهده ثم يسجد بعد السلام.

* * *

كتاب الجنائز

الجنازة: بفتح الجيم الميت وبكسرها السرير.

• أركانها:

خمسة: الغسل والكفن والحمل والصلاة والدفن.

• الغسل:

كغسل الجنب وليس له حد ولكن ينقى واستحب فى رواية ابن وهب أن يكون وتراً بماء وسدر ويجعل فى الأخيرة كافوراً ويغسل من يصلى عليه والمقدم الزوج والزوجة فإن تعذر الزوج انتقل إلى الأعلى على ترتيبهم ويغسل الرجل الرجل والمرأة المرأة ولا بأس أن تغسل المرأة ابن سبع سنين وأن يغسل الرجل الصغيرة.

• الكفن:

وما يستر العورة واجب والزائد سنة ويستحب البياض ثم الميت إن لم يوص بشىء فيقضى بالواحد الساتر لجميع جسده ولا يقضى بالزائد إلا أن يوصى به ولا دين مستغرق فيكون فى ثلثه وما يقضى به فمن رأس ماله، وكذلك ما يحتاج إليه إلى مواراته.

• الحمل:

وحمل أربعة مستحب على المشهور ولا بأس أن تستر المرأة بقبة.

• الصلاة:

فرض كفاية، وقيل سنة وقد تتعين على من حضرها إذا خيف عليه التغير.

حكمة مشروعيتها: الشفاعة للميت وقد وعد المصلى عليها بقيراط أجر وهو مثل جبل أحد والملك العظيم المعظم إذا أمر عبيده أن يشفعوا عنده فى عبده الجانى ووعدهم على ذلك بالثواب الجسيم فدل على أنه يريد لعبده الخير وإلا فكيف يليق بكرمه أن يثيب الشفيع ويحرم المشفوع فيه.

والمتولى للصلاة الإمام الأعظم إن حضر وإن حضر خليفته والخطبة إليه فقولان لابن القاسم وابن حبيب وإلا فالمقدم وصى الميت إن قصد الخير ثم الأولياء الأقرب

فالأقرب على ترتيبهم فى الإرث لكن الأخ وابنه هنا مقدمان على الجد ويقف الإمام عند وسط الرجل ومنكب المرأة والرأس عن يمينه فإن اجتمعت جنائز من أصناف فإن شاء جعلها صفًا واحدًا ويجعل الأفضل مواليًا للأفضل وإلا رتبهم فيجعل الرجل مما يليه ثم الصبى ثم العبد ثم الخنثى ثم المرأة ثم الصغيرة ثم الأمة ويليه الأفضل فالأفضل، فإذا أحرم نوى الإمامة وعين من يصلى عليه من ذكر وأنثى، فإن لم يعلم نوى الصلاة على النسمة وكبر أربعًا ويدعو فى أثنائها للميت وفى دعائه بعد الرابعة قولان وفى استحباب ابتدائه بالحمدلة والصلاة قولان وقال أشهب ويقرأ الفاتحة فى الأولى وإن ذكر الإمام أنه جنب استخلف وإن ذكر منسية تمادى والمسبوق يتربص حتى يكبر الإمام فيكبر ويدخل معه فى الصلاة فإذا سلم الإمام كبر ما فاته نسقًا فإن تراخوا فى رفع السرير دعا دعاء خفيفًا.

• الدفن:

وما يتصل به من بكاء وتعزية ويحفر للميت حفرة تكتم رائحته وتحفظ جسده من السباع. واللحد أفضل من الشق وليجعل فيما يلى القبلة وتحل العقدة من عدن رأسه ومن عند رجليه ويعدلان بالتراب وتمد يده اليمنى مع جسده ويجعل على القبر ما يستره حتى يوارى إن كانت امرأة ويكون زوجها من أسفل وإن تعذر فالقواعد وإلا فصالح المؤمنين والبكاء من غير لطم ولا نياحة ولا جزع ولا شق ثوب جائز والتعزية سنة وهى الحمل على الصبر بوعد الأجر والدعاء للميت وللمصاب ابن حبيب والأدب أن يؤتى لداره برسم التعزية ويجوز عند القبر.

* * *

كتاب الزكاة

حقيقتها لغة: النماء والتطهير.

حكمها: الوجوب.

حكمة مشروعيتها: إرفاق الفقراء وتطهير الأغنياء من داء البخل، وهى قسمان: مالية وبدنية ونعنى بالبدنية زكاة الفطر.

القسم الأول: المالية

وأركانها أربعة: المأخوذ منه والمأخوذ والآخذ والمأخوذ له.

الركن الأول: المأخوذ منه

المأخوذ منه ثلاثة أنواع: عين، وحرث، وماشية.

• النوع الأول: العين:

ويتم غرضنا منه فى خمسة أبحاث:

البحث الأول: فى المقتضى للوجوب:

وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع، أما السبب فهو ملك النصاب الملك التام فيدخل مال الصبى والمجنون لأن ملكهما تام والمخاطب بالإخراج الوصى ويخرج مال العبد لأن ملكه غير تام والنصاب من الذهب عشرون ديناراً ومن الورق مائتا درهم بالوزن الأول وما زاد على النصاب يخرج منه بحسابه ولا وقص فى العين، ويكمل أحد النقدين بالآخر، وجيد النصف برديئه.

وأما الشرط فأمران:

الأول: مرور الحول على جميعه تحقيقًا أو تقديرًا عدا ما يحصل من المعدن فإنه لا يشترط فيه الحول ولفظ التقدير يتناول الربح، فإنه مضموم إلى أصله على

المعروف كالنتاج يقدر أنه موجود مع أصله من أول الحول. ثم هل يقدر موجودًا يوم الملك أو يوم الشراء أو يوم الحصول ثلاثة للمغيرة وابن القاسم وأشهب وعليها ينبنى الخلاف فى مسألة المدونة فى من ملك عشرة دنانير حال عليها الحول فأنفق خمسة واشترى سلعة بخمسة فباعها بخمسة عشر فالمغيرة يوجب الزكاة مطلقًا وابن القاسم يوجبها إن تقدم الشراء على النفقة ويسقطها إن تقدمت عليه وأشهب يسقطها مطلقًا.

الثانى: القبض فى الدين فمن أسلف رجلاً نصابًا وبقى عنده أحوالاً فلا زكاة عليه حتى يقبضه فيزكيه لعام واحد ولو كان له عنده أكثر من نصاب فإن قبض منه نصابًا زكاه ثم يزكى ما يقبض منه وإن قل.

وأما المانع فأمران:

الأول: وجود الدين المستغرق بشرط أن يكون عن معاوضة وأن لا يكون عنده عروض يجعلها فى مقابلته فنفقة الزوجة تمنع وكذلك مهرها على المشهور ونفقة الأبوين إن قضى بها وفى نفقة الولد إن لم يقض بها قولان وفى دين الزكاة قولان والمنع قوله فى المدونة. ويستوى فى الدين الحال والمؤجل العين والعرض وتوهمه كتحققه، ولذلك لا تجب فى مال المفقود والأسير ويجعل دينه فى كل ما يباع عليه فى الفلس.

الثانى: الصياغة فى العين بشرط أن تكون مباحة للزينة المباحة ولو كانت الصياغة مباحة لقصد غير مباح كالرجل يصنع خلخالاً لنفسه وكالمرأة تتخذ حلية السيف لنفسها لم يمنع.

البحث الثانى: فى النماء:

وهو ربح، وفائدة، وغلة. فالربح يضم لأصله كما تقدم والفائدة يستقبل بها حولاً من يوم القبض وهى عبارة عن كل مال متجدد غير ناشئ عن مال مزكى كالعطايا والميراث والديات وأثمان سلع القنية والصدقات قال مالك تستقبل المرأة بصداقها حولاً من يوم قبضته وإذا فاد فائدة بعد أخرى زكى كل فائدة لحولها إن كان فى كل فائدة نصاب ولو كانت بيده فائدتان كل واحدة دون النصاب، ثم أفاد ثالثة كملت النصاب كان حول الجميع حول الأخيرة.

والغلة ثلاثة أقسام: قسم يستقبل به حولا كالفائدة وهو غلات سلع القنية وقسم يزكى لحول أصله كالربح وهو ما اكتراه للغلة وكذلك ما اكتراه للغلة والتجارة وهو قول ابن القاسم وقال أشهب يستقبل وقسم مختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثانى وهو ما اشترى للتجارة والمشهور أنه كفائدة.

البحث الثالث: أثمان السلع:

والقاعدة أن النية ترد الشيء إلى أصله ولا تنقله عن أصله إلا مع الفعل والأصل فى العروض القنية وفى العين الزكاة فإذا ملك عرضًا للقنية ونوى به التجارة لم ينتقل إلى التجارة ولو نوى بالعين القنية لم تنتقل إليها إلا بضميمة الصياغة وإن نوى بعروض التجارة القنية رجعت إلى القنية ثم ما تعلقت به الزكاة من ذلك إن اشترى به سلعة يترصد به الأسواق دون إدارة لم تجب فيها زكاة حتى تباع ويمضى الحول على أصلها فيزكى أثمانها لحول وإن أقامت بيده أحوالا.

وإن اشتراها للإدارة: الحكم وجوب تقويم سلعة بغير إجحاف، فإذا اجتمع فى تلك القيم ما تجب فيه الزكاة زكاه بسبعة شروط:

الأول: أن يمضى حول على المال قبل الإدارة أو من يوم استفاده وقال أشهب من يوم أخذ فى الإدارة.

الثانى: أن ينض له فى الحول ولو درهم ولو كان إنماء يدير العرض بالعرض لم يقوم على المشهور، وقال ابن حبيب يقوم بناء على أن وجوب الزكاة على المدير لأجل اختلاط الأحوال أو لأن العرض صار فى حقه كالعين وعلى المشهور فلا يشترط النضوض فى آخر الحول بل فى أى وقت كان.

الثالث: استصحاب نية الإدارة إلى يوم التقويم.

الرابع: أن تكون عروضه معدة للنماء، فلا يقوم ما ليس كذلك كآلة العطار والزيات وبقر الحرث إذا كانت دون نصاب.

الخامس: أن لا تتعلق الزكاة بعينه فإن تعلقت بعينه كالحوائط والمواشى الزكوية فإن كان فى الحائط ثمرة قد طابت وفيها نصاب لم تقوم مع الأصل لأن زكاة العين أملك بها وإن لم تكن بها ثمرة أو كانت ولم تطب أو طابت وقصرت عن النصاب قومت بما فيها من الثمرة، وكذلك الماشية إن لم تتعلق بها الزكاة قومت وإلا فلا.

السادس: يختص بالدين فإن كان قرضًا لم يقومه وإن كان من بيع قومه على المشهور فتجب قيمته إن كان عرضًا وعدده إن كان عينًا حالاً على ملى وقيل قيمته وإن كان مؤجلاً على موسر قومه على المشهور وقيل لا يقومه حتى يقبضه ويزكيه لعام واحد وعلى المشهور فتجب قيمته وأما المعدم فلا يزكى ما عليه عينًا كان أو عرضًا وفى تقويم طعام له من سلم قولان للمتأخرين.

السابع: عدم الإدارة على قول سحنون وابن نافع ورأيا أنه يلحقها بالمدخر والتقويم فى المدونة وقيده اللخمى بما إذا كان فى الأقل وأما إذا كان فى الكل أو فى الأكثر فلا يختلف فى خروجها على الإدارة.

البحث الرابع: فى زكاة القراض:

والعامل فى القراض يشبه الشريك من جهة أن له شركا فى الربح ولأن حصته فى ضمانه ولأنه إذا اشترى من يعتق عليه وفى المال ربح عتق عليه وغرم لرب المال حصته ويشبه الأجير من جهة أنه ليس له فى المال شرك ولأن ربح المال يزكى لحول أصله إذا تقرر هذا فرب المال والعامل إذا كانا معًا من أهل الزكاة وجبت على كل واحد منهما زكاة ما صار إليه من الربح وإن لم يكونا من أهلها لكونهما عبدين أو ذميين أو لقصور المال وربحه على النصاب ولا يملك ربه غيره فلا زكاة على واحد منهما وإن كان أحدهما من أهلها فثلاثة: اعتبار حال رب المال قاله أشهب، فإن كان من أهلها وجبت فى ربح المال نظرًا إلى أنه ليس كالشريك واعتبار حال العامل فى نفسه قاله فى الموازية نظرًا إلى أنه كالشريك واعتبار حالهما معًا قاله ابن القاسم، فإن كان العامل ليس من أهلها سقطت عنه وكذلك إن كان رب المال ليس من أهلها ابن يونس وهو استحسان فمرة يرجح أنه كالشريك ومرة يرجح العكس فمتى وجدت الزكاة فى المال وجبت عليه ومتى سقطت سقطت عنه.

البحث الخامس: فى الركاز والمعدن:

والركاز: دفن الجاهلية ولفظ الكنز ينطلق على دفن الجاهلية ودفن الإسلام كاللقطة تعرف عامًا، ثم يتصرف فيها كيف شاء بشرط الضمان لصاحبها ثم هل يخص الركاز بالنقدين وهو قول ابن القاسم وغيره أو يعم جميع ما يوجد واختاره ابن القاسم أيضًا، وإليه رجع مالك، قال فى المدونة: ويخمس وإن كان يسيرًا وما

لفظه البحر كالعنبر واللؤلؤ فهو لواجده ولا يخمس. وإن تقدم عليه ملك لمعصوم فهل يكون لواجده لأنه كالمستهلك أو لمالكه قولان وكذلك ما وجد بمضيعة وعجز ربه عنه ومر تاركًا له ففيه القولان. والمعدن أصله الإقامة. ومنه جنات عدن أى جنات إقامة وما وجد من المعادن فى أرض غير مملوكة نظر فيها الإمام إن شاء قطعها قطع أمتاع أو أخذ زكاتها وإن شاء كلف من يغتلها للمسلمين وما وجد فى أرض مملوكة لمعين ففى المذهب ثلاثة للإمام وللمالك وللإمام إن كانت ذهبًا أو فضة وللمالك إن كانت من غيرهما وما ظهر فى أرض مملوكة لغير معين فقال مالك إن كانت فى أرض عنوة فللإمام وإن كانت فى أرض صلح فللمصالحين وما وجد فى المعدن مما لا يحتاج إلى تصفية وهى الندرة فالمشهور أنها كالركاز.

• النوع الثانى: الحرث والثمار:

وما كان من الحبوب مقتاتًا مدخرًا للعيش غالبًا وجبت فيه الزكاة اتفاقًا والقيد الأخير يخرج الجوز واللوز لأنهما مقتاتان مدخران لكن لا يدخِران للعيش وقد وقع الخلاف فى حبوب منها السلت والقول بأن الزكاة لا تتعلق به شاذ ومنها العلس وهو حب مستطيل يشبه البر والمشهور تعلقها به ومنها القطانى والمنصوص تعلق الزكاة بها. قال أشهب والكرسنة من القطانى. وقال ابن حبيب هى صنف على حدته. ومنها الترمس والزكاة تتعلق به فى رواية ابن وهب ومنها الجلجلان وفيه الزكاة. ورأى اللخمى أن ذلك باليمن والشام لأنه عمدتهم فى الأكل بخلاف المغرب إذ ليس هو أصل للعيش غالبًا، ومنها حب الفجل الأحمر وحب القرطم وهو زريعة العصفر وزريعة الكتان. وفى كل واحدة ثلاثة يفرق فى الثالث بين أن يكثر زيته فتجب أو يقل فلا تجب.

وأما الثمار: فلا خلاف فى تعلقها بالتمر والزبيب وقيل إلا ما لا يثمر ولا يتزبب وتتعلق بالزيتون وفيما لا يخرج الزيت خلاف، قال مالك: ولا تجب فى التين وإنما قال ذلك إذ لم يكن عندهم مقتاتًا وإلا فهو أظهر من الزبيب واختلف فيما عدا ذلك كالخوخ والرمان والجوز واللوز وما أشبه ذلك من الثمار اليابسة ذوات الأصول فقال مالك لا زكاة فيها. وقال ابن حبيب وابن الماجشون فيها الزكاة ثم الزكاة إنما تجب عند وجود السبب والشرط فالسبب ملك النصاب وهو خمسة

أوسق والوسق ستون صاعًا والصاع أربعة أمداد بمده ﷺ وهو رطل وثلث بالعراقى والوسق بالحفصى قفيز واحد وذلك معتبر فى نصيب كل واحد من الشركاء والشرط اليبس فى الحبوب والطيب فى الثمار، قال المغيرة: والخرص، قال ابن مسلمة وبالحصاد أو الجداد وعلى هذا الخلاف يخرج الخلاف فيما إذا مات المالك أو باع أو أخرج زكاته وعلى المشهور إذا مات بعد الطيب وجبت وقال المغيرة: إن خرص عليه وإلا فيخرص على الوارث فمن صار له نصاب زكاه، وكذلك إن كان باع بعد الطيب وقبل الخرص أو بعدهما وقبل الجذاذ فيجرى الخلاف فى وجوبها على البائع أو على المشترى على ما تقدم، وقال ابن مسلمة إذا أخرج الزكاة قبل الخرص وقبل الجذاذ لم يجزه لأنه أخرجها قبل وجوبها.

وللخرص أربعة أركان:

الخارص: والواحد كاف ويشترط أن يكون من أهل الأمانة والمعرفة فإن أخطأ فخرص أربعة أوسق فوجد المالك خمسة قال مالك: أحب إلى أن يزكى قال بعض الأشياخ لفظة أحب على ظاهرها وحملها بعضهم على الإيجاب.

المخروص: وهو التمر والعنب والعلة احتياج أهله إليه فقيل لإمكان الخرص فيهما وعليهما يخرج الخلاف فيما لا يخرص إن احتاج أهله إليه. قال مالك: ولا يخرص الزيتون ويؤمن عليه كما يؤمن على الزرع فلو باع أرضه بزرعها بعد أن طلب فما أخبره المشترى به أخرج زكاته ويتحوط إن كان المبتاع يهوديًا وقيل يخرص الزرع إذا وجد من يعرف ذلك الوقت إذا طابت الثمار ولو كانت الثمرة لا تطيب وإنما تؤكل بلحًا وكذلك تباع فإن كان فيها خمسة أوسق أخذت الزكاة من ثمنها لا منها.

الكيفية: ويخرص نخلة نخلة بانفرادها ثم ينظر ما يحصل فى المجموع بعد اليبس، وكذلك يفعل فى العنب ثم ينظر ما يصير إليه زبيبًا وما لا يثمر ولا يتزبب يعتبر فيه اليبس بتقدير إمكانه وإذا خرصت الثمار خلى بينها وبين أربابها وضمنوا نصيب الفقراء وإن شاءوا تركوا ولم يضمنوا، ولا يجب عليهم ما أكلوه بلحًا بخلاف ما أكلوه من الفريك أخضر ومن الفول والحمص وليتحروه ولا يطرح لهم ما أخرجوه نفقة إذ عليهم تخليص نصيب الفقراء. وأصناف التمر وأصناف العنب

وأصناف الزيتون يضم بعضها إلى بعض، فإذا اجتمع منها نصاب خرج من كل صنف منها بقدره.

الجائحة: وإذا أجيحت الثمار بعد الخرص فإن بقى منها نصاب زكاه وإلا فلا شيء عليه إذ ليس ذلك من صنعه ولو بقى دون النصاب لم تجب فيه زكاة على المشهور.

• النوع الثالث: الماشية:

وتتعلق الزكاة بها بعد وجود الشرط والسبب فالسبب ملك النصاب والشرط إتيان الساعى إن كان يأتيهم فإن كان قوم لا سعاة لهم وجبت عليهم بمرور الحول.

ثم الماشية ثلاثة أنواع: إبل، وبقر، وغنم.

النوع الأول: الإبل: وفى الخمس منها شاة وفى العشر شاتان وفى الخمس عشرة ثلاثة شياه وفى العشرين أربع شياه وفى الخمس والعشرين بنت مخاض فإن لم توجد فابن لبون ذكر وفى ست وثلاثين بنت لبون وفى ست وأربعين حقة وفى إحدى وستين جذعة وفى ست وسبعين بنتا لبون وفى إحدى وتسعين حقتان إلى عشرين ومائة فإذا زادت ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون واختلف فى الزيادة الموجبة لنقل الفرض. فروى أشهب هى العشرة فلا تنتقل عن الحقتين حتى تبلغ ثلاثين ومائة. وقال ابن شهاب هى الواحد فإذا زادت واحدة فله أخذ ثلاث بنات لبون وفى المدونة إذا زادت واحدة خير الساعى فى الحقتين وفى ثلاث بنات لبون فإذا بلغت ثلاثين ومائة فعنها حقة وبنتا لبون ولا خلاف أن الزيادة بعد ذلك إنما تكون بالعشرات.

تنبيه: الشاة المأخوذة فى الشيئين وهو من الخمس إلى الأربع والعشرين كالشاة المأخوذة فى الغنم قال ابن القاسم وأشهب يجزئ الجذع والثنى من الضأن والمعز ذكرًا كان أو أنثى. وقال ابن القصار لا تجزئ إلا الأنثى وقال ابن حبيب الجذع من الضأن والثنى من المعز كالأضحية وفى سن الجذع أربعة ستة أشهر، وثمانية، وعشرة، وسنة. واختلف فى الشاة هل هى مأخوذة عن النصاب وحده أو عنه وعن الوقص وثمرة الخلاف تراجع الخلطاء وبنت مخاض بنت سنتين لأن أمها صارت فى حد المخاض، فإذا دخلت فى الثالثة فهى بنت لبون والذكر ابن لبون

يسمى بذلك لأن أمه حينئذ ترضع ما ولدته بعده فإذا دخلت فى الرابعة فهى حقة لأنها استحقت الحمل فإذا دخلت فى الخامسة فهى جذعة.

النوع الثانى: البقر: وفى الثلاثين تبيع ذكر وهو الذى فى سنتين وفى الأربعين مسنة وهى التى بلغت ثلاثًا وفى الستين تبيعان، فإذا بلغت سبعين ففى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة وهكذا إلى مائة وعشرين فيخير الساعى فى أربع تبيعان أو ثلاث مسنات.

النوع الثالث: الغنم: وفى الأربعين شاة وفى مائة وإحدى وعشرين شاتان وفى مائتين وشاة ثلاث شياه وفى أربعمائة أربع شياه وما بينهما أوقاص ثم فى كل مائة شاة ويضاف الضأن إلى المعز كما يضاف البخت إلى العراب والجواميس إلى البقر ثم إن وجبت فى الضأن والمعز شاة وهما بالسواء خير الساعى وإن كان أحدهما أكثر أخذها من الأكثر فإن وجَبت فيهما شاتان وهما على السواء أخذ شاة من كل صنف وإن كان أحدهما أكثر أخذ شاة من الأكثر ثم ينظر ما بقى بعد النصاب ويعتبر بالأقل فإن كان الزائد أكثر من الأقل نظرت إلى الأقل فإن كان دون النصاب أَخذَ الشاة الأخرى من الأكثر أيضًا وإن كان نصابًا نظرت أيضًا فإن كان وقصًا لم يؤثر فى وجوب الشاة الثانية أخذها أيضًا من الأكثر وإن لم يكن وقصًا فقال ابن القاسم: يلغى الزائد على النصاب فيبقى بيده نصاب من الضأن ونصاب من المعز فيأخذ من كل نصاب منها شاة وقال سحنون: لا يلغى الزائد فإن وجب خروج الشاة الأخرى منه لكونه أكثر ويعتبر فى البخت والعراب والجواميس والبقر مثل ذلك.

• حكم الساعى:

قد تقدم أنه شرط فى الوجوب فى حق من يأتيهم السعاة وهو المشهور إذا كان الإمام عدلاً وقيل شرط فى الأداء وإذا وجد الساعى عند رجل نصابًا فأخبره أنه استفاده منذ شهر صدقه ما لم يتبين كذبه وفى تحليفه قولان ولو قال أديت زكاته لم يعتبر قوله وأخذها منه وإذا وجد عند رجل دون النصاب فتركه ثم لما رجع وجده قد كمل بولادة لم يأخذ منه شىء على المشهور وما ذبحه رب المال بعد الحول وقبل مجىء الساعى أو مات ثم قدم لم يحاسبه بشىء من ذلك وإنما يأخذ

زكاة ما وجد ولو تأخر مجيء الساعى أعوامًا ثم جاء أخذ من أرباب الأموال زكاة ما وجد فى أيديهم لجميع الأعوام ومن لم يجد عنده نصابًا لم يأخذ منه شيئًا.

• الخلطة:

توجب جعل الخليطين كالمالك الواحد ما لم يجتمعا فرارًا من الزكاة ويستدل على ذلك بقرينة الحال فإن فقدت فبقرب الزمن على المشهور. قال مالك والمعتبر لآخر السنة. وحكى ابن الحاجب فى القرب ثلاث روايات الشهران، والشهر، ودونه. فإن أشكل الأمر ففى اليمين خلاف ويشترط أن يكونا معًا من أهل الزكاة وأن يتفقا فى الأحوال، وأن يتحدا فى بعض هذه الأوجه وهى الراعى والفحل والدلو والمراح والمبيت وشرط الراعى إذن المالكين وشرط الفحل اشتراكهما فيه أو نزائه فى الجميع والمراح موضع القيلولة وقيل الموضع الذى تجتمع فيه وتنصرف منه إلى المبيت وفى المعتبر من هذه أربعة أقوال، قال ابن القاسم الجل. وقال الأبهرى اثنان، وقال ابن حبيب الراعى وقيل الراعى والمراعاة التراجع وإذا أخذت الزكاة من أحدهما رجع على صاحبه بما ينوبه منها بالقيمة وقال ابن القاسم إذا كان لأحدهما خمس من الإبل وللآخر مائة وخمس عشرة فأخذ الساعى منها حقتين ترادا قيمتها على أربعة وعشرين جزءًا، على صاحب الخمس جزء منها وهو ربع السدس وبقيتها على الآخر ولا خلاف فى الأغيار الأوقاص إذا أوجبت حكمًا مثل أن يكون لأحدهما تسع من الإبل وللآخر ست واختلف إذا لم توجب حكمًا على قولين مثل أن يكون لأحدهما تسع وللآخر خمس فقال مالك على كل واحد شاة ثم رجع فقال يترادان فى الشاتين وفى التقويم يوم الأخذ أو يوم الوفاء قولان لابن القاسم وأشهب بناء على أنه كالمستهلك أو كالمستسلف.

الركن الثانى: المأخوذ

وهو من العين ربع العشر ويؤخذ من كل نوع منه إن كان مسكوكًا فمسكوك وإن تبرًا فتبر فإن كان مسكوكًا ولم يوجد فيه ذلك الجزء فأما الدينار الكامل فلا يجوز قطعه وفى قطع غير الكامل قولان وإذا قلنا بعدم القطع إن كان الدينار كاملاً فأخرج عنه ورقًا أخرج قيمته مسكوكًا اتفاقًا فإن أخرج عنه قطعة ذهب ففى لزوم

قيمة السكة قولان لابن القاسم وابن حبيب وإن كان مصوغًا فله أن يخرج عنه قطعة بالوزن لا بالقيمة على المشهور إذ له كسره فإن أراد أن يخرج ثمنه ورقًا فإن كانت الصياغة محرمة فهى كالعدم وإن كانت مباحة فهل يزكى قيمة ذلك الجزء على أنه مكسور أو على أنه مصنوع قولان لأبى عمران وابن الكاتب. والمأخوذ من الماشية تقدم وأما الثمار والزرع فما سقى منها بماء المطر وبالسيح أو كان يشرب بعروقه ففيه العشر وما يشرب بالدواليب والدلاء ففيه نصف العشر فإن كان السيح يشترى ففيه العشر على المشهور، وقال عبد الملك بن الحسن: فيه نصف العشر، وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وهو أعدل وما سقى بهما وتساويا فقولان اعتبار ما حصل به الإحياء وإخراج نصفه على نصف العشر ونصف الآخر على العشر وهو قول مالك فى المجموعة وإن كان أحدهما أكثر فثلاثة اعتبار الأكثر، قال ابن القاسم: وهو الثلثان وما قاربهما فإن زاد على النصف يسيرًا أخرج نصفين واعتبار ما حصل به الإحياء والإخراج عن كل واحد بحسابه ثم ما لا يعصر من الحبوب فيؤخذ منه وما يعصر فروى ابن القاسم أن حب القرطم يخرج من زيته وقيل بإجزاء الأمرين وأما الثمار فيخرج منها قال مالك فى رواية ابن نافع إن كان الحائط جيدًا كله أو رديًا كله كلف رب المال أن يشترى ثمرًا وسطًا وقال فى رواية ابن القاسم يؤخذ منه وقال فى رواية أشهب إن كان رديًا وجيدًا أخذ من كل صنف بقدره وإن كان أحدهما أكثر، وروى ابن القاسم فى أصناف التمر يؤخذ من وسطها وما لا يتمر ولا يتزبب ففى المدونة يؤخذ من ثمنه وإن بأقل ما تجب فيه الزكاة إذا كان فى خرصه خمسة أوسق وكذلك البلح الذى لا يزهى وكذلك يباع ويؤكل وإن لم يكن فى خرصه خمسة أوسق يؤخذ منه وإن كثر ثمنه وأما الزيتون فيؤخذ من زيته وما لا زيت فيه فمن ثمنه ولو باع ما فيه زيت أو باع ما يتمر وما يتزبب فقال ابن القاسم عليه أن يأتى بزكاة ذلك زيتًا وتمرًا وزبيبًا قال مالك فإن لم يضبط خرصه ولا تحراه أخرج من ثمنه وروى يخرج من ثمن ذلك.

تنبيه: إن أخرج القيمة عن الثمار والماشية طوعًا فالمشهور نفى الإجزاء وإن اخرجها كرهًا فنص فى المدونة على الإجزاء إذا كانت بعد الحول وكانت وفاء بقيمة ا وجب «عليه وقت الإخراج» وقت تعلق الوجوب وذلك أثر مرور الحول فإن

أخرجها قبله بالزمن الكثير لم تجزه وفى اليسير خلاف واليسير اليوم واليومان وقيل الخمسة إلى العشرة وقيل نصف شهر وحده ابن القاسم بالشهر على تكره والخلاف مقصور على زكاة العين والماشية وأما زكاة الحرث فلا يجوز تقديمها وإذا تلف النصاب بعد الحول وقبل التمكن من الإخراج فلا زكاة عليه على المشهور وقال ابن الجهم يزكى ما بقى.

الركن الثالث: الآخذ

وهو الإمام العدل فإن كان غير عدل فقال مالك لا تدفع إليه ولا يعجبنى أن يتولى صرفها خوف المحمدة وليدفعها لمن يتولى ذلك ولو دفعها لغير العدل لم تجزه إن كان يجور فى صرفها وإن أخذها منه جبرًا وعدل فى صرفها أجزته وإن لم يعدل ففى الإجزاء قولان.

الركن الرابع: المأخوذ له

وهم الأصناف الثمانية:

الفقير والمسكين: صنفان على المشهور ويتميزان بشدة الحاجة على المشهور ثم قيل المسكين أحوج وقيل الفقير ويشترط فيهما خمسة شروط: الإسلام والحرية وأن لا يكونا ممن تلزمه نفقتهما وأن يعجزا عن التكسب وأن لا يكونا من آله ﷺ، وإذا كان له أقارب فى عياله ولم تلزمه نفقتهم فلا ينبغى له أن يعطيهم فإن فعل فقد أساء وإن لم يكونا فى عياله فثلاثة الكراهة فى المدونة وقال مطرف بالجواز والاستحباب رواه الواقدى واختلف فيمن ملك نصابًا فقال المغيرة لا يعطى نصابًا ولا من ملك نصابًا وهو الفارق بين الغنى والفقير وقيل يعطى لأنه لا يكفيه وقد قال مالك فى رواية ابن نافع ليس فى ذلك حد إنما هو على قدر الاجتهاد.

تنبيه: من ادعى الفقر والمسكنة صدق ما لم يشهد ظاهره بخلاف ذلك.

والعاملون عليها: هم جباتها ومفرقوها وإن كانوا أملياء ومن كان منهم فقيرًا أخذ بالجهتين.

والمؤلفة قلوبهم: رجال كانوا فى الجاهلية لهم شرف من قريش وغيرهم كان

النبى ﷺ يؤلف الرجل منهم بكثرة العطاء من الفىء يرغبهم فى الإسلام ثم جعل لهم فى بيت المال ولم يزل ذلك لهم حتى قطعه عمر رضى الله عنه والصحيح بقاء حكمهم إن احتيج إليهم.

والرقاب: هم الأرقاء يشترون ويعتقون وولاؤهم للمسلمين ولا يعتق إلا مؤمن وقيل وكافر.

والغارمون: من عليه دين لآدمى استدانه فى غير فساد ولا سفه ولا ليأخذ من الزكاة.

وسبيل الله: الجهاد على الأصح، وقال ابن حبيب الحاج.

وابن السبيل: هو الغريب يعطى ليتوصل بذلك إلى بلده أو على استدامة سفره وإن كان غنيًا ببلده ولا يلزمه أن يتسلف وقيل إن وجد من يسلفه لم يعط وإن كان معه ما يبلغه لم يعط على المشهور ومن ادعى أنه ابن سبيل صدق إذا ظهر على هيئة الفقر ويكتفى بقرينة الحال.

وإذا اجتمع فى الرجل وصفان أعطى سهمين وقيل بل يعطى بالاجتهاد. وموضع الإخراج موضع المالك والمال والمستحق فإن لم يوجد فيه مستحق نقلت إلى أقرب المواضع إليه ولو دفعها لغير فقراء بلده كره له ذلك وأجزاه، وقال سحنون: لا تجزئه ولو نقلها إلى من هو أحوج أجزاه وإذا أخذ الغازى منها وقعد فإن وجدت ببلده أخذت وتردد اللخمى فى الغارم يسقط دينه، ولا تصرف الزكاة فى كفن ميت ولا بناء مسجد ولا لعبد ولا لكافر ولا لإمام ولا لقاض ولا لفقيه ولا لقارئ ورزقهم فى بيت المال من خراج وخمس وعشر.

القسم الثانى: البدنية

وهى زكاة الفطر.

حكمها: الوجوب على المشهور.

حكمة مشروعيتها: الرفق بالفقراء فى إغنائهم عن السؤال فى يوم الفطر.

أركانها: خمسة، المخرج والمخرج عنه والمخرج منه والمخرج إليه والمخرج فيه.

المخرج: من وجد فى حقه السبب والشرط وفى السبب أربعة غروب الشمس من ليلة الفطر وهو المشهور لابن القاسم فى المدونة وشهره ابن الحاجب وغيره وطلوع الفجر من يوم الفطر رواه ابن القاسم وقاله جماعة من الأصحاب قال القاضى أبو بكر وهو الصحيح وكذا قال ابن رشد وشهره الأبهرى وطلوع الشمس وبه قال جماعة من الأصحاب وروى إنما تجب من الغروب إلى الغروب والفرق بينه وبين الأول أن السبب فى الأول مجرد الغروب والسبب على هذا القول كل جزء من أجزاء الزمان الكائن بين الغروبين، وأما الشرط فالإسلام واليسر زاد أشهب وصومه ولو يومًا فإذا أسلم كافر قبل الغروب وجبت عليه وعلى قول أشهب لا تجب وتجب على الصبى ويخرجها عنه وصيه ولو كان فى حجر رجل بغير إيصاء وله بيده مال رفع أمره إلى الحاكم فإن لم يرفع وانفق عليه وأخرج زكاة الفطر عنه فهو مصدق فى الزكاة وفى نفقة المثل قاله مالك ومن كان عنده قوت يومه أو كان يقدر أن يتسلف فهو موسر فيخرجها وقيل لا.

المخرج عنه: من تلزمه نفقته بالقرابة والرق وكذلك بالنكاح على المشهور.

والمخرج إليه: من له أخذ الزكاة من الفقراء على المشهور وقيل الفقير الذى لم يأخذ منها فى يومه.

المخرج منه: المقتات فى زمانه ﷺ من البر والشعير والسلت والزبيب والتمر والأقط قال أشهب ولا يخرج من غير هذا وعد فى المدونة مع ذلك الذرة والأرز والدخن زاد ابن حبيب العلس ويخرج من غالب قوت البلد وقيل من قوته وقوت عياله ما لم يفعله لشح، قدره صاع وهو بالقفصى صاعان.

المخرج فيه: موضع المالك وإن أدى أهل المسافر عنه أجزأته فإن لم يكن بمكانه محتاج ففى أقرب المواضع إليه ويجب قضاء ما فات بخلاف الأضحية فإذا أخرجها فى وقتها فضاعت لم يضمن وإن أخرجها فى غير وقتها فضاعت ضمن.

* * *

كتاب الصيام

حقيقته: لغة: الإمساك، يقال صامت الخيل إذا أمسكت عن الجرى.

حكمة مشروعيته: كسر النفس عن الشهوات والتشبه بسكان السموات وتصفية مرآة العقل.

أحكامه: تنحصر فى الأركان واللواحق.

الأركان ثلاثة: الصائم والمصوم فيه وكيفية الصوم.

الصائم: من وجد فى حقه المقتضى وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع.

المصوم فيه: زمان رمضان وهو قسمان جائز وممنوع والممنوع صوم العيدين، ثم الجائز قسمان واجب وغير واجب والواجب قسمان قسم عينه صاحب الشرع كرمضان وقسم عينه المكلف بالنذر ومنه ما وجب لسبب كالكفارة وجزاء الصيد وغير الواجب منه ما ورد الترغيب فيه كصوم يوم عرفة لغير الحاج ويوم عاشوراء وتاسوعاء وعاشر ذى الحجة والأشهر الحرم وورد «من صام رمضان وأتبعه ستًا من شوال فكأنما صام الدهر» وكرهها مالك متصلة برمضان وورد الترغيب فى صيام الأيام البيض وثلاثة أيام من كل شهر.

تنبيه: النذور وغيرها يأتى ذكرها فى غير محلها إن شاء الله تعالى والقصد هنا الكلام فى صوم رمضان والسبب فى وجوبه رؤية الهلال فمن رآه وجب عليه الصوم وإن لم يره وثبت عند الحاكم وجب أيضًا وإلا وجب بالإكمال وتثبت الرؤية بالخبر المنتشر وهو أكمل وبالشهادة التامة إذا نقل الواحد إلى ابنته البكر وأهله أن الهلال رىء وجب عليهم الصوم وإن نقل إلى بلد وكانوا قد بعثوه مستكشفًا لزمهم الصوم أيضًا وإن لم يكونوا بعثوه ففى اللزوم قولان وإذا غم ليلة ثلاثين فذلك يوم الشك ومن لا تمكنه رؤية ولا غيرها كالأسير والتجار فى بلد الحرب أكملوا الثلاثين فإن التبست عليهم الشهور تحروا شهرًا فصاموه.

والشروط خمسة: الإسلام والبلوغ والعقل: وقيل العقل شرط فى الأداء لأنه يؤمر بالقضاء على تفصيل فمن بلغ عاقلاً ثم جن وقلت سنو إطباقه وجب عليه

القضاء اتفاقًا بخلاف الصلاة وإن كثرت ولو بلغ مجنونًا فالمشهور القضاء والمغمى عليه يلزمه القضاء ويبقى النظر فى صومه ففى المدونة ومن أغمى عليه ليلاً وقد نوى صوم ذلك اليوم فلم يفق إلا عند المساء أو بعدما أصبح لم يجزه صوم ذلك اليوم ويقضيه قال ابن القاسم وبلغنى عن بعض أهل العلم أنه قال إذا أغمى عليه قبل الفجر فلم يفق إلا بعده لم يجزه صومه بخلاف النائم.

الرابع: النقاء من الحيض والنفاس، وقيل بل هو شرط فى الأداء.

الخامس: طلوع الفجر المستطير، فإذا طلع الفجر وهو يأكل ألقى ما فى فيه ونزع عن امرأته وصح صومه وقيل يقضى الواطئ لأن نزعه وطء.

وأما المانع: فالعجز.

وأما كثرة المشقة فتبيح الفطر ومظنة ذلك سبعة أشياء:

الأول: المرض وخوف تماديه ومعاودته وخوف حدوثه فإن خاف التلف وجب.

الثانى: السفر الطويل وهو سفر القصر ولو قدم بلدًا جاز له الفطر حتى ينوى إقامة أربعة أيام ولا يكتفى بنية السفر حتى يصحبها الفعل فإن عزم عليه فأفطر قبل الشروع ففى لزوم الكفارة أربعة يفرق فى الثالث فإن أخذ فى أهبة السفر وسافر لم يكفر. والرابع إن تم على سفره لم يكفر.

الثالث: الحمل وهو كالمرض فى جواز الفطر وفى وجوبه.

الرابع: الرضاع وهى كالمريض فى الجواز والوجوب فإن قدرت على الاستئجار أو قدر عليه من يلزمه الإرضاع لم يجز الفطر.

الخامس: الكبر.

السادس: العطش.

السابع: يختص بالتطوع وهو إرادة الاستمتاع فمن صامت امرأته تطوعًا بغير إذنه فمقتضى المذهب أن له إجبارها على الفطر.

الكيفية: أن يأتى بشرائط الصحة وبالسنن.

والشرائط أربعة:

الأول: النية وتكفى النية فى أول الشهر بجميعه على المشهور ويشترط أن تكون جازمة فلو نوى صوم يوم الشك إن صح أنه من رمضان لم يصح.

الثانى: الإمساك جميع النهار عن إيصال طعام أو شراب إلى الحلق أو إلى المعدة من منفذ واسع يمكن الاحتراز منه كالفم والأنف والأذن وفى إلحاق غير ذلك من المنافذ وإلحاق غير المعتدى به فى الفطر عليه وإخراج ما فى المعدة خلاف.

الثالث: ترك إيلاج الحشفة واستجلاب المنى ولا يضر الاحتلام وفى المذى والإنعاض قولان، وأما المبادى كالفكر والقبلة والمباشرة والنظر والملاعبة إن علم السلامة لم تحرم وإن علم نفيها حرمت فإن شك فالظاهر التحريم ثم إذا فكر واستدام فأمذى لزمه القضاء على أحد القولين وإن لم يستدم فلا شىء عليه وإن أمنى لزمه القضاء ثم الكفارة إن كان عن استدامة وقيل لا قضاء عليه إذا لم يستدم إذا كثر ذلك عليه للمشقة وإن نظر فأمذى وقد استدام قضى وفى وجوبه عليه القولان وإن لم يستدم فقال ابن القاسم عليه القضاء وظاهره الوجوب وقيل يستحب وإن أمنى ولم يستدم قضى ولم يكفر قاله ابن القاسم وقيل يكفر وإن استدام كفر بلا خلاف وإن قبل فأمذى فقال مالك وابن القاسم عليه القضاء وظاهره الوجوب وقيل لا يجب وإن أمنى وجب عليه القضاء ثم إن استدام كفر وإلا فقولان وإن باشر أو لاعب فلم يمذ فلا قضاء إلا أن ينعض ففيه قولان وإن أمنى كفر بلا خلاف ولو جامع دون الفرج فلم ينزل فلا كفارة.

الرابع: أن لا يفطر حتى يتيقن غروب الشمس فإن أفطر مع الشك فسد صومه وفى الكفارة قولان.

السنن: تعجيل الفطر وتأخير السحور وإمساك اللسان عن الهذيان وترك المبالغة فى المضمضة والاستنشاق.

اللواحق

ونعنى بها ما يترتب على الفطر وهى ستة: القضاء والإمساك بقية النهار والكفارة والعقوبة وقطع النية والفدية.

• القضاء:

وهو واجب على من فسد صومه ولو بأكل ناسيًا ولا يجب فيه التتابع ولكن

يستحب ويجب العدد فإن أفطر الشهر وكان تسعة وعشرين فقضى شهرًا متتابعًا فكان ثلاثين ففى وجوب صوم اليوم الزائد قولان وإن كان أنقص ففى الاكتفاء به قولان والصحيح مراعاة العدد والإمساك فى بقية النهار وهو واجب على من أفطر فى رمضان ناسيًا أو ظن الإباحة مع عدمها وفى وجوبه على من أفطر متعمدًا قولان وغير واجب على من أبيح له الفطر إباحة حقيقة كالمريض يصح والمسافر يقدم والحائض تطهر ولو كانت الإباحة غير حقيقة كالأكل يوم الشك ثم يتيقن أنه من رمضان فإنه يجب عليه التمادى على الإمساك ثم يقضيه وأما الصبى يحتلم والمجنون يفيق والكافر يسلم فيجب عليهم الإمساك وقيل يجب على الذى أسلم خاصة.

• الكفارة:

ولا تجب إلا فى رمضان خاصة وتجب بإيلاج الحشفة وإخراج المنى وبما يصل إلى الحلق من الفم خاصة وبأن يصبح ناويًا للفطر ذاكرًا ويرفع النية نهارًا على الأصح ويشترط فى ذلك كله أن يفعله منتهكًا فلا كفارة مع النسيان ولا مع الغلبة أو الإكراه وقيل إلا نسيان الجماع وإكراهه والمشهور وجوبها على المكره ولذلك إذا أكره أمته أو امرأته على الجماع فإنه يكفر عنهما وعن نفسه وقال سحنون لا يكفر عنهما لأن الكفارة لم تجب عليهما ومن أفطر متأولاً وتقدم سبب التأويل فإن كان التأويل قريبًا لم يكفر مثاله من أكل أو وطئ ناسيًا فتأول جواز الفطر فأكل أو وطئ ثانيًا أو التى رأت الطهر ليلاً فأخرت الغسل حتى أصبح فظنت عدم صحة الصوم وأن الفطر جائز لها فأفطرت وكالمسافر يقدم ليلاً فيظن أن من لم يقدم نهارًا لم يجز صومه وأن له أن يفطر وكالعبد يبعثه سيده يرعى غنمًا له على ميلين أو ثلاثة فيظن السفر فأفطر وإن تأخر السبب وكان التأويل بعيدًا كالتى تأتيها أيام حيضتها فتقول اليوم أحيض فتفطر ثم تحيض وكالمريض يقول اليوم يوم حماى فيفطر ثم تأتيه الحمى آخر النهار فقال مالك عليهما الكفارة ولو تقدم السبب وكان التأويل بعيدًا جدًا كالذى رأى الهلال فردت شهادته فتأول الإفطار فعليه الكفارة خلافًا لأشهب. والمكفر به أحد ثلاث خصال إطعام ستين مسكينًا مدا مدا بمده ﷺ أو عتق رقبة مؤمنة كاملة غير ملفقة سليمة محررة للكفارة أو صوم شهرين متتابعين

واختلف فى تعين أحد هذه الخصال أو هى على التخيير فقال بعض المتأخرين يتعين الإطعام لأنه أعم نفعًا وهو المشهور وقيل هو أولى وغيره جائز وقال ابن شاس وهو الصحيح وقيل هى على التخيير كخصال الكفارة فى اليمين بالله تعالى.

• العقوبة:

ومن ظهر عليه الإفطار فى رمضان متعمداً فإنه يعاقب على قدر اجتهاد الحاكم.

• قطع النية:

ومن أفطر فقد انقطعت النية التى عقدها فى أوله وعليه استئنافها.

• الفدية:

وهى مد من طعام لكل مسكين عن كل يوم ويؤمر بها من آخر قضاء رمضان إلى رمضان آخر من غير عذر ويخرجها عند الأخذ فى القضاء وقال أشهب عند تعذر القضاء واستقرارها فى الذمة لأنه سبب الوجوب فكلما مر يوم من شعبان وتعين القضاء كفر عن يوم واختلف فى الحامل والمرضع والشيخ الكبير والعاطش يفطرون هل يؤمرون بالفدية لإجبار فضيلة الوقت أم لا؟ فأما الحامل ففيها أربعة الوجوب لمالك ونفيه فى المدونة والوجوب إن أفطرت خوفًا على ما فى بطنها ونفيه إن خافت على نفسها والوجوب إن أفطرت قبل أن تبلغ ستة أشهر. وأما المرضع إذا جاز لها الفطر وأفطرت ففى المدونة تستفدى ونفيه فى المجموعة وأما الشيخ الكبير ففى استحباب الفدية أو جوبها قولان والقولان أيضًا فى العاطش.

* * *

تجديد الزلل ويواظب على خير العمل وفقنا الله العظيم لطاعته ولترك مخالفته.
والمخاطب بالوجوب كل مكلف حر مستطيع والاستطاعة عبارة عما يقدر به على الوصول بأى وجه كان من غير مضرة هذا هو المشهور وقيل الزاد والراحلة لمن بعدت داره وعلى المشهور فيلزم القادر على المشى وإن كان امرأة وقيل لا يجب عليها لأنها تنكشف بالمشى ويجب على الأعمى إذا وجد قائدًا أو على من جرت عادته بالسؤال إذا غلب على ظنه أنه يعطى وقيل لا يجب ابن القاسم ومن له جارية لا يجد غيرها فعليه أن يبيعها ويحج وإن ترك ولده للصدقة ولا خلاف فى اعتبار الأمن على النفس والمال والبضع فلا يجب على المرأة إلا مع ذى محرم أو رفقة مأمونة من النساء وفى المأمونة من الرجال قولان المشهور الوجوب وإذا تعين البحر وجب ركوبه على الرجال وفى النساء قولان ولا يعتبر إذن الزوج إذا تعين الوجوب بالاستطاعة والرفقة المأمونة والسفر مع ذى محرم وقلنا: إن الحج على الفور وإن قلنا: إنه على التراخى وغلب على الظن فواته إن لم توقعه فى ذلك الوقت تعين أيضًا، وأما إن لم يخف الفوات وأرادت هى التعجيل لبراءة ذمتها فتردد المتأخرون فى منعه إياها ونزلوا عليه المبادرة فى قضاء رمضان وإيقاع الصلاة أول وقتها.

وأفعال الحج كلها واجب وغير واجب:

ثم الواجب قسمان قسم لا يجزئ إلا الإتيان به ولا ينجبر بالدم وهو الأركان وقسم ينجبر بالدم كالإحرام بعد مجاوزة الميقات وترك التلبية جملة على الأظهر وترك طواف القدوم والسعى بعده لغير المراهق خلافًا لأشهب وهما معًا كأحدهما وفى سقوطه عن الناس قولان لابن القاسم وغيره وترك نزول ركعتى طواف القدوم والإفاضة وترك الوقوف بعرفة مع الإمام قبل الدفع للمتمكن وترك نزول المزدلفة ليلة النحر على الأشهر ورمى كل حصاة من الجمار والحلق قبل رجوعه إلى بلده والسعى بعد الإفاضة قبل سفر منشئ الحج من مكة والمبيت بمنى كل ليلة من لياليها وغير الواجب وهو السنة.

كتاب الحج

حقيقته: لغة: القصد. وشرعًا: القصد إلى بيت الله الحرام للتقرب إليه بأفعال مخصوصة.

حكمه: الوجوب وفى كونه على الفور قولان والعمرة سنة مؤكدة وأفعالها كالحج إلا الوقوف بعرفة.

حكمة مشروعيتها: قد تقدم أن الأحكام تشاريف لا تكاليف ولتعلم أن الملك العظيم إذا شرف عبيده استدعاهم لمحله ومكنهم من تقبيل يده وأمرهم بطلب حوائجهم، ولما كان الله تعالى مقدسًا عن المحل والجارحة أقام البيت الحرام مقام محل الملك وأقام الحجر الأسود مقام يد الملك واستدعى عبيده أن يدخلوا ذلك المحل ويقبلوا ذلك الحجر ويسألوا حوائجهم وفى الحقيقة إنما يشار بالحج إلى التجرد لله تعالى ومفارقة المحبوبات وليتذكر بأهوال الطريق الأهوال بعد الموت ويوم القيامة وفى الغسل قبل الإحرام غسل الموت وبنزع المخيط ولبس ثوبى الإحرام الكفن وبالتلبية إجابة الدعاء وليحضر قلبه لتعظيم البيت ويتذكر بالالتجاء إليه التجاء الموقف وبالطواف الطواف بدار السيد وطواف الملائكة بالعرش وبالسعى بين الصفا والمروة التردد فى الدار وبرمى الجمار رمى العدو وبالوصول إلى منى بلوغ المنى وبالوقوف بعرفة الوقوف بعرفات العرفاء وبالنزول بالمزدلفة حصول الزلفى وبذبح الهدايا فكاك الرقاب، ألا ترى أن الذبيح لما استسلم لأمر الله وفرغ قلبه من الالتفات إلى غيره؛ كيف فك الله رقبته وفداه بذبح عظيم؟ وشرع الحلاق كالإشارة إلى عدم اعتبار المال ومنع من الصوم أيام التشريق إشارة إلى أن عبيده تأهلوا لضيافته وشرع طواف الإفاضة زيادة فى إكرامهم، وكذلك العمرة وطواف الوداع ثم الحاج إذا وصل إلى المدينة فليحمل على فكره تعظيم من يقصده ويتخيل فى مسجدها وطرقاتها نعل أقدامه ﷺ وأصحابه هنالك ويتأدب فى الوقوف ليستشفع بالحبيب ويتأسف إذا لم يكن فى صحابته حتى يحظى برؤيته وينبغى لمن عاد من الحج أن يقوى رجاؤه بالقبول ومحو ما سلف من الذنوب وليحذر من

ثم خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه على المشهور.

المعتكف لأجله:

العبادة من الصلاة والذكر وقراءة القرآن ليلاً ونهارًا بقدر طاقته وقد تقدم أن من شرط صحته ترك المنافى فإن صدر منه ما ينافى الصوم بطل اعتكافه وذلك كالوطء ومقدماته ليلاً كان أو نهارًا عامدًا أو ساهيًا. قال فى المدونة وإذا قبل أو لمس أو باشر بطل اعتكافه ويبتدئ كالظهار وإن صدر منه غير الوطء ومقدماته فما كان يوجب الكفارة فكالوطء وما لا يوجبها فيوجب القضاء والبناء وما اختلف فى وجوب الكفارة فيه فيختلف فى استئنافه وما اختلف فى قضاء صيامه فيختلف فى قضائه قال فى المدونة إذا أفطر متعمدًا بطل اعتكافه وإن أفطر ناسيًا قضى يومًا يوصله باعتكافه ابن حبيب وهذا فى اعتكاف النذر، أما التطوع فلا يلزمه فيه قضاء لا لصيام، ولا لاعتكاف وهو خلاف قول مالك وقال ابن يونس يحتمل أن يكون وفاقًا وإن صدر منه غير ذلك مما هو معصية، فأما الكبائر كالقذف وشرب الخمر ليلاً، فقال ابن القاسم إن سكر ليلاً وصحا بعد الفجر بطل اعتكافه وابتدأ، وأما الصغائر فلا تبطل وإن كان غير معصية فإن كان يسيرًا لم يبطل مثل أن يأمر من يكتب مهماته أمرًا خفيفًا لا يشغله ابن القاسم ولا بأس أن يبيع ويشترى إذا كان شيئًا خفيفًا ولا بأس أن ينكح وينكح ويخطب وإن كان كثيرًا أبطل إلا أن يكون ضروريًا كخروجه لقضاء حاجة الإنسان أو لشراء طعامه أو لغسل جنابة أو لغسل الجمعة ولا يصلى على جنازة وإن انتهى إليه زحام المصلين عليها ولو خرج لعذر لا سبب له فيه بنى بعد زواله وذلك كالمرض والحيض وإذا نذر جوار مكة لزمه ولا يلزمه فيه صوم وله أن يخرج بالليل إلى منزله يبيت فيه ولا يلزمه بمجرد النية دون نذر إلا اليوم الأول فيلزمه بالنية لدخوله فيه ولو نذر جوار مسجد لزمه فى أى البلد إن كان ساكنًا بذلك البلد. قال مالك ومن نذر اعتكاف شهر بمسجد الفسطاط فاعتكفه بمكة أجزأه ولا يلزمه الخروج إلا لأحد المساجد الثلاثة.

* * *

كتاب الاعتكاف

حقيقته: لغة: اللزوم، يقال فلان عاكف على كذا أى ملازم له. وشرعًا: ملازمة المسجد للعبادة.

حكمه: الندب، فإن نذره صار نذره سببًا فى وجوبه عليه بشرط أهليته للعبادة وانتفاء موانعها.

حكمة مشروعيته: التشبيه بالملائكة فى استغراق زمانهم بالعبادة والانقطاع عن الناس والإقبال على الله تعالى.

• أركانه:

ثلاثة: المعتكف، والمعتكف فيه، ويتناول المكان والزمان، والمعتكف لأجله.

المعتكف:

من تصح منه العبادة فلا تصح من كافر ولا من مجنون ولا من صبى غير مميز وتصح من المميز ومن المرأة والعبد وتلزمهما بالشروع إن أذن السيد والزوج وشرط صحته النية والصوم وترك المنافى ولا يشترط أن يكون الصوم لأجله بل مقارن له ما لم يعتكف لنذر قال عبد الملك يجوز أن يعتكف فى قضاء رمضان وفى كل صوم وجب عليه وأما من نذر اعتكافًا فلا يعتكف فى صوم وجب عليه لأن الصوم لزمه بنذر الاعتكاف.

المعتكف فيه:

تقدم أنه يتناول الزمان والمكان، فأما الزمان فأفضله العشر الأواخر من رمضان لطلب ليلة القدر وأقله يوم وليلة. ابن القاسم ولو نذر اعتكاف شهر لزمه التتابع وإن لم يشترطه وتدخل لياليه ويكفيه شهر بالهلال ولو نذر اعتكاف ليلة لزمه ليلة ويوم لأن الاعتكاف لا يصح إلا بصوم، وأما مكانه فالمسجد قال مالك: ويعتكف فى حجرة، ولا بأس أن يعتكف فى رحابه ولا يبيت إلا فيه إلا أن تكون جفاوة فى بعض رحابه. قال وتعتكف المرأة فى مسجد الجماعة ولا يعجبنى أن يعتكف فى مسجد بيتها ويتعين الجامع إذا نوى مدة تتخللها الجمعة ولو اعتكف فى غيره

الأركان الأربعة

الركن الأول: الإحرام

ويتعلق النظر فيه بأمور:

الأول: فى ميقاته:

وله ميقاتان: زمانى ومكانى:

الزمانى: شوال وذو القعدة وذو الحجة وقيل العشر الأول وقيل وأيام التشريق وثمرة الخلاف تعلق الدم بتأخير الإفاضة وكره مالك أن يحرم قبله فإن أحرم لزمه على المشهور والسنة كلها ظرف للإحرام بالعمرة إلا أيام منى للحاج فإن أحرم بها لم تنعقد إلا أن يتم رميه ويتحلل بالإفاضة ويكره تكرارها فى السنة وقال مطرف: لا يكره.

المكانى والأفاقى: ميقاته فى الحج والعمرة إذا كان من أهل المدينة «ذو الحليفة»، ومن الشام ومصر والمغرب «الجحفة»، ومن اليمن «يلملم»، ومن نجد «عرق»، ووقت العراق «ذات عرق»، ولمن بين الميقات ومكة منزله وميقات المحاذى منها ما يحاذيه بالتحرى قال مالك ومن حج فى البحر فليحرم إذا جاوز الجحفة. ومن مر من ميقات أحرم منه خلا الشامى والمصرى فلهم مجاوزته إلى الجحفة والأفضل أول الميقات، ويكره الإحرام قبل الميقات فإن أحرم لزم للمكى والمتمتع مكة إذا أحرم بالحج منفردًا ويستحب أن يحرم من المسجد وقيل يتعين لأنه غاية البعد من الحل ولو خرج المكى أو المتمتع فأحرم من الحل جاز على الأشهر لأنه زاد وما نقص ولو أراد أن يحرم من مكة قارنا لم يجز على الأشهر بناء على تغليب حكم العمرة أو الحج وميقاته فى العمرة طرف الحل ولو بخطوة والأفضل الجعرانة أو «التنعيم».

الثانى: فى سنن الإحرام:

وهى أربع:

الأولى: الغسل للحايض والنفساء لأن المقصود منه التنظيف ويفعله متصلاً

كاتصال غسل الجمعة بالرواح وينبغى أن يحلق عانته وينتف إبطه ويقلم أظفاره ويترك شعر رأسه للشعث ولا بأس أن يلبده قبل إحرامه بأن يأخذ صمغًا وغاسولاً فيجعله فى الشعر ولا بأس أن يكتحل ولا يتطيب بما تبقى رائحته بعد الإحرام.

الثانية: أن يلبس الرجل إزارًا ورداءً ونعلين فإن لم يجد نعلين قطع خفيه من أسفل الكعبين ولبسهما ولو وجد نعلين بثمن كثير متفاحش فلا عليه أن يشتريهما وإن كان يسيرًا اشتراهما قاله مالك. ابن يونس يريد فإن لم يشترهما ولبس خفين افتدى لأنه كالواجد للنعلين.

الثالثة: أن يحرم عقب صلاة وإن كان معه هدى قلده وأشعره وجلله ثم يدخل المسجد فيركع قاله مالك.

الرابعة: تجديد التلبية بعد انعقاد الإحرام.

الثالث: فى كيفية الإحرام:

وإذا ركع خرج من المسجد وركب راحلته فإذا استوت به فى فناء المسجد لبى ولا ينتظر سيرها ويلبى الماشى إذا توجه ولفظها «لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك» ولا ينعقد الإحرام بمجرد النية بل لا بد من اقترانها بقول كالتلبية أو التوجه.

ثم الإحرام يقع على ثلاثة أوجه: إفراد وقران وتمتع، والإفراد أفضل على المنصوص ثم القران ثم التمتع والإفراد أن يحرم بالحج وحده فيقول: لبيك اللهم لبيك بحجة والقران أن يحرم بالحج والعمرة معًا أو بالعمرة ثم يردف الحج قبل طواف العمرة ويكون الطواف والسعى لهما والتمتع أن يحرم بعمرة فى أشهر الحج ثم يحل ويتمتع بالنساء وغيرهن ثم يحج والقارن يجب عليه دم القران بشرطين أن يحج من عامه وأن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام خلافًا لعبد الملك فإنه أوجب الدم على المكى وغيره.

والمتمتع يجب عليه الهدى بخمسة شروط:

الأول: أن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام لأن الحاضر لا يريح ميقاتًا ولا خلاف أن من بمكة أو ذى طوى من الحاضرين وأما غيرهم فالمشهور أنه ليس منهم.

الثانى: أن يهل بعمرة فى أشهر الحج أو فى غيرها ويبقى لشوال ولو بعض السعى مثل أن يعتمر فى رمضان فطاف وسعى بعض السعى وأتم ليلة الفطر ثم يحج من عامه ولو أتم السعى فى رمضان وحلق فى شوال فليس بتمتع قاله ابن القاسم.

الثالث: أن يحج من عامه فإن اعتمر مريدًا للتمتع وفرغ من سعيه ثم فاته الحج قبل أن يحرم به فلا دم عليه.

الرابع: أن لا يعود إلى أفقه ولا إلى أفق مثل أفقه. وقال ابن الماجشون إن كان فى بلاد الحجاز فلا يسقطه عنه رجوعه إلى مثل أفقه لأنها متقاربة وإنما يسقطه عنه رجوعه إلى أفقه خاصة.

الخامس: أن يقعا عن شخص واحد على الأشهر مثاله أن يعتمر فى أشهر الحج عن نفسه ثم يحل ثم يحج من عامه عن غيره.

تنبيه: دم التمتع يجب بإحرامه بالحج ويجدد التلبية عند كل هبوط وصعود وحدوث حادث وسماع ملبٍّ وخلف الصلوات ويستحب رفع الصوت للرجال ولا يلح ولا يسكت وقد جعل الله لكل شىء قدرًا. قال مالك: وإذا أحرم بالحج مفردًا أو قارنًا قطع التلبية إذا دخل المسجد الحرام حتى يبتدئ بالطواف فإذا فرغ من سعيه عاد إليها ولا يقطعها من يروح يوم عرفة إلى المسجد قال ابن القاسم يريد إذا زالت الشمس وراح إلى الصلاة والمعتمد إذا أحرم من ميقاته قطعها إذا دخل الحرم وإن أحرم من ميقاته مثل الجعرانة أو التنعيم قطعها إذا دخل بيوت مكة أو المسجد الحرام.

• سنن دخول مكة:

وهو أن يغتسل بذى طوى بغير تدلك ولا يغسل رأسه إلا بالماء ويصبه صبًا خفيفًا خشية أن يقتل القمل ثم يدخل مكة نهارًا ثم إن أتى من طريق المدينة فليدخل من ثنية كداء بفتح الكاف والمد ويخرج من ثنية كدى بضم الكاف وفتح الدال وتشديد الياء ثم يدخل من باب فى بنى شيبة فيأتى الحجر الأسود فيبتدئ الطواف.

وطواف القدوم واجب وقيل سنة ـ ابن بشير ـ ووجوبه لغيره وهو السعى لأنه ركن ولا يقع إلا بعد طواف.

• وواجبات الطواف كله خمس:

الأول: شروط الصلاة إلا الكلام قال مالك وليقلل كلامه وتركه فى الواجب أحب إلينا فإن طاف غير متطهر أعاد ولا دم عليه لتأخير طواف القدوم إذا أوقعه غير متطهر لأنه غير ركن فإن رجع إلى بلده قبل الإعادة رجع على إحرامه فيطوف وقال المغيرة إذا رجع إلى بلده وأصاب النساء أجزأه.

تنبيه: إنما يرجع من بلده إذا سعى بعده ولم يعد السعى بعد طواف ولو طاف للإفاضة على غير وضوء رجع إليه من بلده إلا أن يكون طاف بعد ذلك تطوعًا فيجزئه ولا دم عليه.

الثانى: الترتيب وهو أن يجعل البيت عن يساره ويبتدئ بالحجر الأسود.

الثالث: أن يطوف خارج البيت ولا يمشى على شذروانه ولا فى داخل الحجر.

الرابع: أن يطوف سبعًا ولو نسى شوطًا وهو فى سعيه قطع فأتم طوافه وأعاد الركعتين والسعى.

الخامس: ركعتان عقيبه، قال الباجى: والأظهر وجوبهما وقيل هما سنة وقيل حكمهما حكم الطواف وإذا طاف فى غير وقت صلاة أخرهما إلى وقت حل النافلة.

• السنن أربع:

الأولى: المشى وإنما ركب رسول الله ﷺ ليظهر للناس فيسن.

الثانية: استلام الحجر الأسود بالفم ولمس الركن اليمانى بيده ويضعها على فيه من غير تقبيل فى كل شوط فإن زحم اقتصر على لمسه بيده أو بعود ثم فى تقبيل ما لمسه به روايتان. ويكبر عند الاستلام والمشى ومن لم يصل إليه بوجه اقتصر على التكبير.

الثالثة: الدعاء وليس فيه حد قال اللخمى يلزم الطائف السكينة والوقار ويقبل على التكبير والتهليل والتحميد والثناء والدعاء.

الرابعة: الرمل للرجل فى الأشواط الثلاثة الأول فى طواف القدوم خاصة وفى مشروعيته فى طواف الإفاضة للمراهق وفى طواف القدوم فى حق من أحرم من التنعيم ثلاثة المشهور أنه مشروع ولكن دون الرمل فى طواف القدوم.

• **المكروهات:**

السجود على الركن واستلام الركنين الموالين للحجر وقراءة القرآن وأجازه أشهب إذا كان بخفية ولا يكثر منه والكلام وإنشاد الشعر ولا بأس بالبيتين والثلاثة إذا تضمنت وعظًا وشرب الماء إلا المضطر والبيع والشراء والطواف مع النساء وليطفن خلف الرجال وتغطية الرجل فمه وطواف المرأة متنقبة والركوب لغير عذر والطواف بالنعلين وبالخفين وأن يدخل بهما البيت أو يرقى بهما منبر رسول الله ﷺ.

الركن الثانى: السعى

وإذا فرغ من طواف القدوم استلم الحجر وخرج من باب الصفا أو من غيرها ثم يصعد إلى أعلى الصفا بحيث يرى البيت وهو قائم فيهلل ويكبر ويحمد ويدعو قال مالك: ولا يعجبنى أن يدعو على الصفا والمروة قاعدًا إلا من علة وتصعد النساء أيضًا إلا من بها ضعف فتقف فى أسفل الصفا والمروة ثم ينزل من الصفا يمشى إلى المروة يرقى عليها فيدعو ويسرع الرجال فى بطن المسيل وهو ما بين الميلين الأخضرين ثم يرجع إلى الصفا يفعل ذلك لسبع مرات فيكمل لوقوفه على المروة أربعًا وقد وقف على الصفا أربعًا فتلك ثمانى وقفات.

• **شروطه:**

أن يقع بعد طواف وقبل طواف واجب.

• **سننه:**

تقبيل الحجر والترقى وذكر المتأخرون أنه واجب لأن درجا صار فى المسعى والدعاء والإسراع، قال مالك: ومن لم يرمل فى بطن المسيل فلا شىء عليه والبداية بالصفا واجب فإن بدأ بالمروة زاد شوطًا فيصير بادئًا بالصفا.

• **مكروهاته:**

الرمل فى جميعه والسعى على غير طهارة والركوب إلا من عذر والجلوس فى أثناء سعيه فإن جلس شيئًا خفيفًا فلا شىء عليه قاله مالك. ابن القاسم ولو تطاول حتى صار كالتارك ابتدأ. ابن أبى زيد يبتدئ الطواف والسعى.

الركن الثالث: الوقوف بعرفة

والواجب منه ما يطلق عليه اسم الحضور بجزء من أجزاء عرفة جزءًا من الليل سوى بطن عرفة والوقوف بالنهار سنة وفى اشتراط الوقوف قولان ففى المار قولان وفى اشتراط عمله بعرفة قولان والسنة الخروج من مكة يوم التروية إلى منى بقدر ما يصلى بها الظهر والعصر.

وللحج ثلاث خطب: الأولى يوم السابع من ذى الحجة بعد الظهر خطبة واحدة ولا يجلس فيها فيأمر الناس بالغدو إلى منى ثم يغدو إلى عرفات إذا طلعت الشمس. ويخطب الإمام الخطبة الثانية بعد الزوال ويجلس فى وسطها يعلم الناس ما يفعلونه إلى منى من الوقوف والصلاة والدعاء إلى اليوم الحادى عشر. قال مالك ويؤذن المؤذن إن شاء فى الخطبة وإن شاء بعد فراغها فإذا أقام نزل الإمام فصلى الظهر والعصر جمعًا وقصرًا بأذان وإقامة لكل صلاة ولا يجهر فيهما بالقراءة ولو وافقت جمعة فإذا فرغ اندفعوا إلى موقف عرفات والوقوف راكبًا أفضل فإن الحد فواقفا ولا يجلس إلا لعلة أو لكَلَلٍ ويستمرون إلى الغروب فإذا غربت الشمس دفع الإمام ودفع الناس لدفعه بسكينة ووقار والماشى يمشى الهويناء والراكب يسير العنق ومن دفع قبل الإمام ولم تغب الشمس فإن خرج قبل الغروب ولم يرجع فاته الحج ولزمه القضاء والهدى وإن غابت قبل خروجه أجزأه وعليه هدى ثم إذا دفع رفع يديه إلى الله تعالى ويكثر من التهليل والتكبير والتحميد، ابن حبيب ويرفع صوته كالتلبية ويستحب المرور بين المأزمين ويجمع الإمام بالمزدلفة بين المغرب والعشاء قصرًا وهو السنة ويبيت بالمزدلفة ومن لم يبت بها فعليه دم على الأشهر ثم يرتحل بعد صلاة الصبح مغلسًا فيقف قليلاً بالمشعر الحرام مستقبلاً مكثرًا من التحميد والتهليل والتكبير. ويدعو بما أحب ما لم يكن إثمًا ثم يأتى منى فى منى ويرمى بعد طلوع الشمس وقبل أن يضع رحله راكبًا أو ماشيًا جمرة العقبة سبع حصيات يكبر مع كل حصاة يقف عندها بعد الرمى واستحب مالك أن يرميها من أسفلها فإن رماها من أعلاها أجزأه ورميها يحل له ما كان ممنوعًا منه خلا

النساء والصيد وكره له مالك أن يتطيب فإن فعل فلا شيء عليه ولها وقت أداء وقضاء وفوات. فوقت أدائها من الطلوع إلى الغروب فإن رماها قبل الفجر أعاد وإن رماها بعده أجزأه وقبل الزوال أفضل ووقت القضاء الليل قال ابن القاسم إذا أخرها إلى الليل فليرمها وعليه دم ووقت الفوات آخر اليوم الرابع ثم إذا رماها ذبح ثم حلق أو قصر ولو حلق قبل الرمى افتدى ولو حلق قبل الذبح أجزأه ولا شيء عليه وقيل عليه الفدية والحلاق أفضل للرجل والتقصير كافٍ وهو سنة للنساء. قال مالك وأحب إلى أن يكبر يوم التحرى بمنى ولو ذكر فى بلده أنه لم يحلق حلق أو قصر وافتدى.

الركن الرابع: طواف الإفاضة

والتعجيل به يوم النحر أفضل بعد فراغه من الحلق ولو أخره حتى انقطعت أيام التشريق وانصرف من منى فلا بأس به وإن أخره أيامًا وتطاول فعليه هدى فلو حاضت المرأة أو نفست حبس عليها كريهًا أقصى ما يمسكها الدم ثم تستظهر بثلاث قاله مالك ولو نسى الإفاضة رجع إليها من بلده وفى إجزاء طواف الوداع قولان لمالك وابن عبد الحكم ثم إذا أفاض حل له النساء والصيد والطيب ثم يرجع إلى منى فيبيت بها ثلاث ليالٍ فإن استعجل فليلتين فإن ترك المبيت بها ولو ليلة فعليه دم.

ويخطب الإمام بمنى يوم النحر بعد الزوال وقبل صلاة الظهر الخطبة الثالثة فيعلم الناس كيفية الرمى وبقية المناسك ولا يجلس فيها فإذا كان من الغد رمى الجمرات بإحدى وعشرين حصاة كل جمرة بسبع ويشترط أن يكون حجرًا مثل حصاء الحذف يلتقطها من حيث شاء إلا ما رمى به ويبدأ بالأولى التى تلى مسجد منى فيرميها من فوقها ماشيًا ومتوضئًا أفضل ويكبر مع كل حصاة ثم يتقدم أمامها ويستقبل الكعبة ويكبر ويهلل. ويحمد ويصلى على النبى ﷺ ويدعو بمقدار ما يقرأ فيه سورة البقرة مسرعًا ثم يثنى بالوسطى كذلك ويفعل مثل ذلك إلا أنه ينصرف عنها ذات الشمال فى بطن المسيل ويقف أمامها ثم يثلث بجمرة العقبة

ويرميها من أسفلها ولا يقف عندها للدعاء فتلك السنة ثم يفعل فى اليوم الثانى مثل ذلك وفى اليوم الثالث إن لم يتعجل وإن غربت الشمس من الثانى لزم المبيت والرمى وإن جهل وتعجل فعليه هدى وللرمى وقت أداء وقضاء وفوات فوقت الأداء من الزوال إلى الغروب ووقت القضاء فى الجميع إلى آخر اليوم الرابع ولا قضاء للرابع ومن أدرك الرمى فى وقت الأداء فلا شىء عليه فإن تركه أو بعضه حتى فات وقت القضاء وجب عليه الدم بلا خلاف. وإن فعله فى وقت القضاء فروايتان والمشهور الوجوب وإن ترك رمى جمرة العقبة والجمار كلها فعليه بدنة فإن لم يجد فبقرة فإن لم يجد فشاة فإن لم يجد صام وإن ترك حصاة أهدى ما شاء ولا يبطل الحج بفوات شىء من الرمى وقال عبد الملك يبطل بفوات جمرة العقبة ثم إذا رجعوا إلى مكة نزلوا بالأبطح وصلوا هنالك الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويدخلون مكة بعد العشاء وإذا عزم على الرحيل طاف طواف الوداع وينبغى أن يستلم الحجر عند آخر عهده بالبيت.

اللواحق

ونعنى بذلك ما يطرأ على الحاج بعد إحرامه وما يجب عليه اجتنابه وما يلزمه من فدية وهدى وقد حصرنا ذلك فى ثلاثة فصول:

الأول: فى موانع الإتمام وهى خمسة:

الأول: منع الزوج ومنع السيد وإذا أحرمت المرأة بحج الفريضة من قبل الميقات فلزوجها أن يحللها وكذلك إذا أحرمت تطوعًا ثم إذا أحلها فتتحلل كالمحصر وإذا أحرم العبد بغير إذن السيد فلسيده منعه وتحلله كالمحصر أيضًا.

الثانى: منع الغريم وإذا أحرم الرجل وعليه دين فلغريمه أن يمنعه من الخروج إذا كان موسرًا وليس له أن يحلله فإن كان معسرًا أو الدين مؤجلاً لم يمنعه.

الثالث: حبس السلطان وإذا حبس السلطان محرمًا فى دم أو دين فهو كالإحصار بالمرض ابن القصار: وإن حبس فى حق فمن قبله أوتى فهو كالمفرط حتى فاته الحج وإن حبس من غير حق فلا أعلم فيه نصًا والقياس كأنه كحصر العدو.

الرابع: العذر مثل أن يضل عن الطريق ولا خلاف أنه لا يتحلل إلا بالبيت وألحق فيه أهل المذهب المرض قال ابن القاسم فى المحصر فالمريض إذا فاته الحج لا يقطع التلبية حتى يدخل أوائل الحرم ولا يحله من إحرامه إلا البيت وإن أقام سنين ويلحق به خفاء الهلال والخطأ فى العدد وحبس الريح للمركب وما أشبه ذلك فمن فاته الحج لعذر خلا العدو.

الخامس: حصر العدو فإذا أحرم وقد علم أن العدو يستحصره فليس له أن يتحلل إلا أن يشترط أنه يحل متى ما حصر وإن لم يعلم وصد عن البيت والوقوف معًا فإن رجا زواله أو شك لم يتحلل وإن تحقق دوامه إلى وقت الفوات تحلل قاله ابن القاسم، وقال أشهب لا يتحلل إلى يوم النحر ولا يقطع التلبية حتى يرجع الناس من يوم عرفة ثم إذا تحلل نحر هديًا إن كان معه وحلق حيث كان ورجع وإن صد عن عرفة فقط لم يتحلل حتى يطوف ويسعى ولا يكفيه طواف القدوم قال مالك وابن القاسم ولا هدى عليه وأوجبه أشهب وإن صد عن البيت فقط وقد وقف فقال الباجى يأتى بالمناسك كلها وينتظر أيامًا فإن أمكنه الوصول إلى البيت طاف وإلا حل. وقال فى المدونة حجه تام ولا يحله إلا طواف الإفاضة وعليه لجميع ما فاته من رمى الجمار والمبيت بمنى والمزدلفة هدى واحد.

كيفية العمل: كل من فاته الحج بمرض أو بما ذكر معه أن تحلل بأفعال العمرة ثم إن كان إحرامه من الميقات مفردًا أو قارنًا فبنى عليه قال ابن القاسم من أتى عرفة بعد الفجر يوم النحر فليرجع إلى مكة فيطوف ويسعى ويعتمر وينوى بها عمرة ويحج قابلاً ويهدى ولا يعتد بما فعل قبل الحصر.

الفصل الثانى: فى المحرمات وهى ثمانية أنواع:

الأول: لبس المخيط الذى أحاطت به الخياطة للرجال دون النساء وفى معنى الخياطة النسج والتلبيد والدور والتخليل والعقد ولو ارتدى بالقميص ولم يدخل فيه جاز ويحرم على الرجل أن يغطى رأسه وإن غطى وجهه افتدى ويجوز له الاستظلال بالبناء والأخبية وما فى معناها ولو عمل ثوبًا على عصا ليستظل به افتدى ابن القاسم ولا بأس أن يشد منطقته التى فيها نفقته على وسطه ويدخل السيور فى الثقب ويربطها من تحت إزاره فإن ربطها من فوق إزاره افتدى لأنه احتزم.

الثانى: استعمال الطيب وتجب الفدية باستعمال مؤنته كالزعفران والورس كالكافور والمسك ومعنى الاستعمال إلصاق الطيب باليد وبالثوب فإن شمه من غير مس كره ولا فدية عليه ولو مسه فلم يعلق ففى الفدية قولان.

الثالث: استعمال الدهن ويحرم ترجل الرأس بالدهن واللحية بالدهن بعد الإحرام لا قبله فإن فعل افتدى.

الرابع: إلقاء التفث وفى إزالة الوسخ الفدية وفى مجرد الحمام قولان قال مالك ولا يطرح القمل عن نفسه لأنه من إلقاء التفث وله أن يطرح النملة والقراد والبرغوث والعنقة وفى مثل قملة أو قملات حفنة من طعام بكف واحدة وعنه فى قتل القمل الكثير الفدية وكره مالك أن يكتحل الرجل للزينة. ابن القاسم فإن فعل افتدى ولا شىء إن اكتحل لشىء يجده فى عينيه وتفتدى المرأة إن اكتحلت مطلقًا لأنه من زينتها. ابن القاسم إذا اكتحلت لزينة افتدت وإن اضطرت إليه لوجع فلا.

الخامس: الحلق والتقليم وتحرم إزالة الشعر مطلقًا إلا لحجامة وإن كرهت إلا لضرورة وتكمل الفدية فى الحلق بحلق ما يترفه به ويزيل عنه الأذى كالعانة وموضع الحجامة وقص الشارب ونتف الإبط والأنف ولو نتف شعرة أو شعرات فحفنة من طعام بيد واحدة قال مالك: وإذا قلم المحرم أظفاره ناسيًا أو جاهلاً افتدى وإن قلم ظفرًا واحدًا لإماطة الأذى افتدى وإن لم يمط بذلك إذا أطعم شيئًا من طعام.

السادس: مقدمات الوطء فإن لم يلتذ منها بشىء فحجه تام وعليه الهدى وقيل لا شىء عليه.

السابع: مغيب الحشفة فى قبل أو دبر وهو مفسد وكذلك الإنزال عن لذة بقبلة أو جسة أو استدامة نظر وكذلك استدامة الفكر على المشهور وروى أشهب عليه هدى فقط ولو أنزل بمجرد النظر لم يفسد وعليه هدى، الأبهرى: إنما يهدى استحبابًا لجواز ترك التحرز والنسيان فى ذلك كالعمد ثم حيث قلنا بالفساد فذلك إذا وقع قبل الوقوف فإن وقع قبل رمى جمرة العقبة وقبل الإفاضة ليلة المزدلفة فقال مالك يفسد ثم رجع فقال عليه عمرة وهدى وحيث قلنا بالفساد فعليه تمام ما أفسد ثم يقضيه على الوجه الذى أحرم به من تطوع أو واجب قران أو إفراد أو تمتع

ويجب عليه مع القضاء هدى ويساق هذا الهدى من الحل إلى الحرم وينحره فى الحج بمنى بعد أن يوقفه بعرفة.

الثامن: الصيد والنبات ويحرم الصيد فى الحرم على الحلال وعلى المحرم مطلقًا بحج كان إحرامه أو بعمرة ويختص التحريم بصيد البر مأكولاً كان أو غير مأكول مستأنسًا أو غير مستأنس مملوكًا أو مباحًا فرخًا أو بيضًا ابن حبيب وكره مالك ذبح الحمام المتخذ للفراخ ولم ير فيها جزاء ولو استثنى الفأرة والحية والكلب والعقور وهو الوحشى كالأسد وقيل الإنسى المنهى عن اتخاذه والمشهور قتل الغراب والحدأة وإن لم يؤذيا وفى صغارهما قولان وفى وجوب الجزاء قولان وما عدا الغراب والحدأة لا يقتل إذا لم يؤذ.

• موجبات الجزاء:

ثلاثة: مباشرة، وتسبب، ووضع يد.

المباشرة: إن قتلته فواضح وكذلك إن أنفذ مقاتله ففر وإن أصاب منه مما الغالب حياته معه فلا جزاء وإن أشكل أمره فقولان بناء على مراعاة الاحتياط.

السبب: مثل نصب شبكة وإرسال كلب وكالتفريط فى إمساكه ورباطه وكذلك تنقيره مثل أن يطرده حتى يخرج من الحرم وفى التسبب الاتفاقى خلاف مثل أن يراه صيد فيفزع فيموت أو يفر فيعطف ومثل أن يأمر عبده بإرسال صيد فظن أنه أمره بذبحه فذبحه ومثل أن يحفر بئرًا خوفًا من ذئب فيقع فيها صيد فيموت ومثل أن ينصب فسطاطًا فيتعلق به فيعطب ونحو ذلك ولو رمى من المحرم صيدًا فى الحل فقال مالك وابن القاسم عليه جزاؤه وقيل لا شىء عليه ولو رماه من الحل وهو فى الحرم فقتله فعليه جزاؤه ولو رمى من الحل صيدًا فى الحل فخرق السهم الحرم فقال مالك وابن القاسم عليه جزاؤه ولا يؤكل وقال أشهب يؤكل ولا جزاء.

وضع اليد: وإذا أحرم وبيده صيد زال ملكه عنه ووجب إرساله ولو كان فى بيته لم يجب عليه إرساله ولا شىء عليه فيه ويحرم قطع ما نبت فى الحرم بنفسه وإن كان يابسًا إلا الأذخر والسنا للحاجة إلى ذلك ويجوز الرعى ويكره الاختلاء مخافة قتل الدواب ولا يحرم قطع ما استنبت وحرم المدينة يلحق بحرم مكة فى تحريم الصيد والنبات ولا جزاء فى صيدها على المشهور وقال ابن نافع فيه الجزاء.

الفصل الثالث: فى الدماء:

ودماء الحج: هدى ونسك، فالهدى ما خرج عن فدية الأذى كدم القران والمتعة ومجاوزة الميقات والفساد والفوات وترك الرمى وترك الحلاق وترك المبيت بالمزدلفة وجزاء الصيد وغير ذلك مما تقدم ذكره فى آحاد الصور والنسك ما وجب لإلقاء التفث وطلب الرفاهية من المحظور المتحير وهو مخير فى ذلك إن شاء ذبح وإن شاء أطعم ستة مساكين مدين مدين بمده عليه السلام وإن شاء صام ثلاثة أيام ثم إن اختار الذبح فليذبح شاة ويعتبر فيها من العيوب ما يعتبر فى الأضحية ويذبحها حيثما شاء من البلاد ليلاً أو نهاراً وله أن يصوم ويطعم حيث شاء.

وأما الهدى: فيتعلق النظر فيه بأمور:

الأول: فى التقليد والإشعار: وهما من سنة الهدى الإبل التى لها أسنمة وكذلك التى لا أسنمة لها على ظاهر المدونة وفى الموازية لا تشعر وتقلد البقر وتشعر أيضًا إن كان لها أسنمة ولا تشعر الغنم ولا تقلد والتقليد تعليق نعل فى العنق والإشعار أن تشق فى الجانب الأيسر من الرقبة عرضًا وليقل حينئذ باسم الله والله أكبر وخطام الهدى وجلاله كلحمه ابن القاسم يقلد ثم يشعر ثم يحلل.

الثانى: فى الجنس والصفة: والأولى الإبل ثم البقر ثم الغنم ويعتبر فى السن والصفة ما يعتبر فى الأضحية.

الثالث: فى وقت الوجوب: والمشهور أنه حين التقليد والإشعار والشاذ أنه وقت الذبح وثمرة الخلاف تظهر فى العيب والاستحقاق والموت والفلس، فأما العيب فإذا حدث بعد التقليد والإشعار فإنها تجزئه على المشهور.

وأما الاستحقاق فإنه إذا استحق بعد التقليد والإشعار أخذ الثمن من البائع فيجعله فى هدى آخر سواء كان واجبًا أو تطوعًا فإن لم يبلغ ثمن هدى تصدق به، أما الموت فإذا مات بعد الإشعار والتقليد لم يكن لورثته سبيل على الهدى ولا للغرماء.

الرابع: فى حكم العطب والتلف والموت والسرقة والجناية وحكم الولد واللبن:

وإذا عطب هدى التطوع قبل محله ألقى قلائده فى دمه ورمى جلاله وخطامه وخلى بين الناس وبينه ولا يأكل منه ولا يلزمه بدله فإن أكل منه أو أمر من يأكل

منه أو من يأخذ من لحمه شيئًا لزمه بدله وإذا ضل الهدى أو سرق أو مات فإن كان واجبًا فعليه بدله إلا أن يسرق بعد الذبح وإن كان تطوعًا لم يلزمه شىء ولو وجد هدى التطوع بعد أيام الذبح نحره بمكة بخلاف الأضحية تضل ثم يجدها بعد أيام الذبح فإنه يفعل بها ما شاء ولو وجدها فى أيام الذبح بعد أن ضحى ببدلها فلا شىء عليه وإذا ولدت الهدية حمل ولدها إلى مكة فإن باعه أو ذبحه أبدله بهدى كبير قاله ابن القاسم ولا يشرب من لبنها إن فصل عن ولدها.

الخامس: فى كيفية الأكل وكيفية النحر والعجز عن الهدى: ويؤكل من الهدايا كلها إلا جزاء الصيد وفدية الأذى ونذر المساكين وهدى التطوع إذا عطب قبل محله والشأن أن تنحر الإبل قيامًا والمتولى لذلك صاحبها. وكره مالك أن يتولى له ذلك غيره ووقت النحر بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى آخر الأيام المعلومات ومحله بمنى ولا يجزئه النحر بها إلا لمن وقف به ليلاً عند مالك وقال عبد الملك يجزئه وصوبه اللخمى قال لأن وقوف الناس بالهدايا إنما هو خوف إن تركب بمنى وكل هدى فاته الوقوف بحل مكة ولا ينحره بمكة حتى تذهب أيام منى ابن الكاتب فإن نحره أيام منى أجزأه وإذا عجز عن الهدى فيما عدا هدى الجزاء صام عشرة أيام ثم إن كان الهدى لنقص متقدم عن الوقوف كهدى المتمتع والقران ومجاوزة الميقات وهدى الفساد والفوات فإنه يصوم ثلاثة أيام فى الحج من حين يحرم إلى يوم النحر فإن أخرها إليه صام الثلاثة التى بعدها أو صام ما بقى عليه فيها ثم إن شاء وصل بها السبعة وإن شاء فرقها.

السادس: جزاء الصيد: وهو على التخيير فى ذلك المثل والإطعام والصوم. قال مالك وليس من الصيد شىء إلا وله نظير من النعم والواجب فى النعامة بدنة ولا نص فى الفيل وأوجب فيه ابن ميسر بدنة خراسانية ذات سنامين وقيل قيمته طعامًا وقيل زنته طعامًا وفى حمار الوحش والإبل وبقر الوحش بقرة وفى الغزال شاة وكذلك الضبع وفى الثعلب قولان شاة وقيمته طعامًا وفى الضب والأرنب واليربوع القيمة طعامًا ابن المواز ليس فيما دون الضبع من جميع الأشياء إلا الطعام أو الصيام إلا فى حمام مكة فإن فيه شاة وحمام الحرم مثله عند مالك وصغير كل صنف ككبيره ومعيبه كسليمه ويحكم فى الذكر بالذكر والأنثى بالأنثى وفى الجنين

مثل عشر أمه وإن انفصل حيا واستهل فالجزاء كاملاً وفى البيض عشر مثل أمه على المشهور وقيل حكومة وفى بيض حمام مكة عشر شاة ولا يجوز له أن يخرج شيئًا مما تقدم تفسيره إلا الشاة التى فى حمى مكة لأن الشاة فيه تغليظ وما عدا ذلك من الجرادة فما فوقها وما دونها فالإذن فيه من الحكم ويشترط أن يكونا عدلين فقيهين فيما يحتاج إليه قال مالك ولا يحكم فى جزاء الصيد إلا بالجذع من الضأن والثنى من غيره ثم إن الحكمين يخيرانه كما خيره الله تعالى فإن اختار المثل حكما به وأقله شاة وما لم تبلغ به شاة حكما فيه بالطعام ثم خيراه بين إطعام ذلك للمساكين أو يصوم مكان كل مد أو كسوة يومًا وإن اختار الطعام قوما الصيد بالطعام ويدفع لكل مسكين مدا بمده عليه السلام والمعتبر موضع الإصابة ولا يطعمها فى غيره وإن اختار الصوم صام حيث شاء وإن اختار الهدى وحكم عليه به فله أن يهديه متى شاء وإن كان إحلالا إلا أن يكون فى الحج فلا يذبحه إلا بمنى ولا ينظر فى الصيد إلى فراهته وحسنه فلو قتل بازيا معلما فعليه جزاؤه غير معلم وعليه قيمته لربه معلما.

* * *

كتاب الأضحية

يقال أضحية بضم الهمزة وكسرها وتشديد الياء وتجمع على أضاحى بتشديد الياء وضحية بفتح الضاد وتجمع على ضحايا وضحيات وأضحات وأضاحٍ وسميت بذلك لكونها تذبح فى وقت الضحى.

حكمها: هى سنة مؤكدة وأخذ الوجوب من قول ابن القاسم وابن حبيب من تركها وهو قادر أثم وتجب بالنذر وبالتعيين ولا خلاف أنها تتعين بالذبح وتتعين إذا التزمها بلسانه أو بالنية عند الشراء على المعروف كالتقليد والإشعار فى الهدى وقيل لا تتعين إلا بالذبح.

حكمة مشروعيتها: كالهدى.

• أركانها:

أربعة: المأمور، والمأمور به، والوقت، والمتولى للذبح.

المأمور: حر مستطيع غير حاج بمنى فيدخل الصبى والذكر والأنثى دون ما فى البطن وغير المستطيع من تجحف بماله.

المأمور به: النعم وفى المتولد من جنسين قولان، والأفضل الضأن ثم المعز ثم البقر ثم الإبل والسمين والفحل، والأقرن أفضل من غيره وأقل ما يجزئ الجذع من الضأن والثنى من غيره والجذع من الضأن ابن سنة وقيل ابن عشرة أشهر وقيل ابن ثمانية وقيل ابن ستة والثنى من المعز ابن سنتين وقيل ما له سنة ودخل فى الثانية ومن البقر ما له سنتان ودخل فى الثالثة قاله القاضى ابن محمد وقال ابن حبيب ابن أربع سنين ومن الإبل ما له ست. ونهى عن العرجاء البين عرجها وهى التى يمنعها العرج اللحاق بالغنم والعور البين عورها. والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى أى لا مخ فيها وقيل لا شحم ويلحق بالمريضة الجرباء الكثيرة الجرب والمكسورة القرن إذا كان يدمى والبشمة وهى التى أصابتها تخمة والحق فى المشهور بهذه الأربع المقطوعة الأذن والذنب وفى المدونة فى المخلوقة خلقًا ناقصًا لا تجزئ إلا أن تكون جلحا يريد جما ولو خلقت بغير أذنين لم تجزئ

والنهى عن الخرقاء والشرقاء والمقابلة والمدابرة محمول على نفى الكمال والخرقاء هى التى خرق أذنها للسيمة خرقًا مستديرًا والشرقاء هى المشقوقة الأذن والمقابلة هى التى قطع طرف أذنها والمدابرة هى التى قطع طرف أذنها من مؤخره.

الوقت: وأيام النحر ثلاثة: أولها بعد صلاة العيد وبعد ذبح الإمام. وينبغى أن يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى ليراه الناس فإن لم يخرجها ففى إجزاء من ذبح قبله قولان ومن كان بموضع لا إمام فيه تحرى ذبح أقرب الأئمة إليه فإذا تحراه وكشف الغيب أنه ذبح قبله أجزأه وآخر وقت الذبح غروب الشمس من اليوم الثالث ولا تجزئ بالليل على المشهور ابن الحاجب والإمام اليوم العباسى أو من يقيمه، وقال ابن رشد فى أسئلته هو إمام الصلاة.

المتولى للذبح: صاحبها وإن كان امرأة قال مالك فإن استناب لغير ضرورة أجزأه وبئس ما صنع ويتولى هو النية فإن استنابه فى النية والذبح أجزأه والاستنابة بالعادة كالولد ومن فى العيال صحيحة وكذلك فى المريض على الأصح.

اللواحق

ستة: الموت، والفاس، والولادة، وأخذ قيمة العيب، والاختلاط، وأحكام إجزاء الأضحية.

الموت: وإذا مات قبل ذبح الأضحية فهى للورثة ولا يلزمهم ذبحها لكن يستحب وإذا مات بعد ذبحها أكلوها والذكر والأنثى فى ذلك سواء وفى جواز قسمتهم لها قولان.

التفليس: وإذا أقيم عليه بدين قبل الذبح بيعت عليه وإن أقيم بذلك بعده لم يكن للغرماء شىء ولو ذكر أنه اشتراها لغيره وأشهد بذلك وحازها من اشتريت له لم يكن للغريم عليها من سبيل.

الولادة: وإذا ولدت الأضحية فقال مالك إن ذبح ولدها معها فحسن.

العيب: وإذا وجد بالأضحية عيبًا بعد الذبح فأخذ قيمته فقال أصبغ إن كان مما لا تجزئ به وكان فى أيام الذبح أعاد وإن بانت فلا شىء عليه ويصنع بالقيمة ما

شاء وإن كانت مما تجزئ به تصدق بها.

الاختلاط: وإذا ذبح رجلان كل واحد أضحيته فاختلطا فقيل يتصدقان بهما ولا يأكل أحد منهما شيئًا ويجزءانهما وقال ابن عبد الحكم إذا اختلطت الأضاحى فلا بأس أن يأخذ كل واحد كبشًا فيضحى به وتجزئه وقال ابن المواز إذا اختلطت الرءوس عند الشواء كرهت أن تأكل وكيف تأكل متاع غيرك ولعل غيرك لا يأكل متاعك قال ولو اختلطت برءوس الشواء فذلك خفيف لأنه ضامن.

أجزاء الأضحية: لا يجوز التصرف فيها بشىء من المعاوضات ولا يعطى للذابح من لحمها شىء ابن المواز ولا يتصدق بلحمها ولا بجلدها على من يعلم أنه يبيعه قال سحنون: وإن باع جلدها أو شيئًا من لحمها فسخ، فإن فات جعل ثمن الجلد فى ماعونه أو يشترى به طعامًا قال ويشترى بثمن اللحم طعامًا يأكله، وقال ابن عبد الحكم يفعل بثمن الجلد ما شاء وقال ابن حبيب لا يأكله وليتصدق به، وإذا سرقت رءوس الضحايا من الفرن فاستحب ابن القاسم أن لا يأخذ لها ثمنًا لأن ذلك كالبيع وقيل يأخذ وليس هو كالبيع ولا يجوز أن يجز صوف الضحايا قبل الذبح ـ ابن المواز ـ إلا فى الوقت البعيد الذى ينبت فيه مثله، وله أن يجزه بعد الذبح فإن جزه قبل الذبح فلينتفع به ولا يبيعه وقال سحنون له بيعه وأكل ثمنه. وقال أشهب له جزه قبل الذبح وبيعه ويصنع بثمنه ما شاء لأنها لم تجب قبل الذبح ابن القاسم ولم أسمع من مالك فى لبن الأضحية شيئًا إلا أنه كره لبن الهدى وأرى إن لم يكن لها ولد وأضر بها فليحلبها وليتصدق به قال مالك وليس فى الأضحية وهدى التطوع حد معلوم يعنى فى الأكل والصدقة، وقد قال عز من قائل: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦]، والقانع: الفقير، والمعتر: الزائر، والأفضل الأكل والصدقة فإن اقتصر على أحدهما أجزأ وكره واختار بعض الشيوخ أن يأكل الأقل ويتصدق بالأفضل ولو أكل الثلث وتصدق بالثلثين لكان حسنًا.

* * *

العقيقة

ذبح الولادة وأصلها فى اللغة شعر المولود.

حكمها: قال مالك هى سنة وكانوا يكرهون تركها.

حكمة مشروعيتها: كالأضحية.

أركانها: ثلاثة: المعق به والمعقوق عنه ووقت العقيقة.

المعق به: كالأضحية فى أجناسها على المشهور وقيل لا يعق بشىء من الإبل والبقر وإنما العقيقة بالضأن والمعز وهى فى أحكامها وصفتها كالأضحية.

المعق عنه: المولود ذكرًا كان أو أنثى ويعق عن كل واحد بشاة والإطعام منها كما فى الأضحية وهو أفضل من الدعوة.

الوقت: ووقت ذبحها السابع من يوم الولادة ثم إن ولد قبل الفجر فيعتد بذلك اليوم وإن ولد بعد الفجر لم يعتد به ويستحب أن يسمى المولود فى ذلك اليوم ولا يحلق رأسه ويطليه بخلوق لا بدم العقيقة كما كانت الجاهلية تفعله وفى الصدقة بزنة شعره ذهبًا قولان. بالكراهة والإباحة.

* * *

obeikandl.com

كتاب الذبائح

حقيقة الذبح: إمرار الآلة على الحلقوم والودجين على صفة مخصوصة.

حكمها: الجواز وهو سبب فى طهارة المذبوح وفى جواز أكله ما لم يكن من المحرمات.

حكمة مشروعيته: إزهاق النفس بسرعة واستخراج الفضلات المستخبثة.

الأركان: أربعة: الذابح والمذبوح والمذبوح به والصفة.

الذابح: مسلم عاقل عارف بوجه الذبح فلا تؤكل ذبيحة المجوسى ولا الصابئ قال ابن بشير الصابئ موحد لكنه يعتقد تأثير النجوم وأنها فعالة. وحكى ابن يونس قولاً بأن ذبيحته ليست بحرام ولا تؤكل ذبيحة مرتد، وأما الكتابى فإن ذبح لمسلم ففى الصحة قولان. وإن ذبح لنفسه وهو ممن يستحل الميتة فإن غاب عليها لم تؤكل وإن كان ممن لا يستحلها وذبح لنفسه ما يستحله فمذكر وإن ذبح ما لا يستحله وثبت بشرعنا تحريمه عليهم ففى المذهب ثلاثة أقوال مشهورها التحريم. وقال ابن وهب وابن عبد الحكم بالجواز وقيل بالكراهة وإن لم يثبت تحريمه بشرعنا كالطريف فقولان بالكراهة والإباحة قال ابن القاسم وأرى أن لا تؤكل وما ذبح لعيد أو كنيسة فكرهه مالك كراهة شديدة ولم يحرمه وما ذبح للأصنام فحرام. وقال ابن حبيب ما ذبح للصليب والمسيح فليس بحرام واستخفه جماعة من الصحابة والتابعين. قالوا وقد أحله الله تعالى وهو أعلم بما يقولون. قال مالك ولا تؤكل ذبيحة المجنون ولا السكران وإن أصابا وجه الذبح لعدم العقل وتصح ذبيحة الصبى والمرأة.

المذبوح: قال الأستاذ أبو بكر: تؤكل جميع الحيوانات من الفيل إلى النمل والدود إلا الآدمى والخنزير قال وهذا عقد المذهب فى إحدى الروايتين وهى رواية العراقيين إلا أن فيها ما هو مباح ومنها ما هو مكروه ثم ما حكمنا فيه بالإباحة ثلاثة أقسام: قسم يفتقر إلى الذكاة وهو ما له نفس سائلة من حيوان البر، وقسم لا يفتقر إلى الذكاة اتفاقًا وهو حيوان البحر الذى لا يعيش فى البر. وقسم اختلف

فيه وهو ما له نفس سائلة من حيوان البر وما يعيش فى البر من حيوان البحر إذا كان مما يطول حياته فى البحر وما حكمنا فيه بعدم الإباحة فإنه إذا ذكى لأجل جلوده جاز وطهرت جلوده وسائر أجزائه من لحم وعظم وذلك كالسباع والكلاب والبغال والحمير. قال ابن حبيب: لا تطهر وهى ميتة كالخنزير.

المذبوح به: كل جارح ولو كان حجرًا أو عودًا أو عظمًا ويؤكل ما ذكى بذلك وإن كان معه سكين. قال ابن أبى زيد: وقد أساء وفى السن والظفر ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كانا منفصلين جاز.

الصفة: والذكاة: نحر وذبح فالنحر فى الإبل ومحله اللبة وتنحر قيامًا معقولة ولا يشترط فيه قطع الودجين. والحلقوم. والذبح فى الغنم، وفى البقر الأمران ولو ذبح الإبل أو نحر الغنم لضرورة أكلت ولغير ضرورة فالمشهور التحريم ويستقبل القبلة ويسمى الله عز وجل ويمر السكين مرًا مجهزًا ويضع السكين فى المذبح بحيث تكون الخرزة إلى الرأس ويقطع الحلقوم والودجين. ولم يعتبر مالك المرىء فى المشهور عنه فإن ترك الاستقبال سهوًا أو لعذر أكلت وكذلك إن ترك عمدًا على المشهور. وإن ترك التسمية متهاونًا لم تؤكل وناسيًا أكلت وعمدًا غير متهاون لم تؤكل على المشهور وإذا لم يجهز بل رفع الآلة وردها فإن طال لم تؤكل وإلا فقولان. وقال سحنون: إن رفع مختبرًا أكلت بخلاف معتقد التمام وقال ابن القابسى العكس أصوب. والمغلصمة حاز الخرزة إلى البدن ولم يبق منها فى الرأس شىء ففى أكلها ثلاثة الجواز والمنع والكراهة ولو بقى منها فى الرأس ما يستدير أكلت وإذا ترك الأوداج جملة لم تؤكل وإن أتى على أكثرها فقولان وإن لم يقطع الحلقوم لم تؤكل على المعروف وإن وقع شك فى حياتها لم تؤكل على المشهور ما لم تضرب برجلها أو تحرك بذنبها. قال فى الموطأ أو تطرف بعينها أو يجرى دمها وإن تحركت حركة يمكن أن تكون اختلاجية فلا تؤكل وإن غلب على الظن حياتها فقولان الموقودة وأخواتها وغيرها مما انفذت مقاتله وذلك مما ينافى الحياة المستمرة ولا تنفع فيه الذكاة على المشهور والمقاتل خمسة: انقطاع النخاع وهو عظم العنق وانتثار الدماغ وفرى الأوداج وانثقاب المصران وانتشار الحشوة، وذكاة الجنين بذكاة أمه إذا علم أنه كان حيًا بكمال خلقه ونبات شعره ولا يكفى أحدهما فإن ألقته حيًا

قبل الذكاة لم يؤكل إلا بالذكاة وهو مستمر الحياة وإن ألقته حيًا بعد الذكاة وكانت حياته تبقى حتى يمكن ذكاته فمات ولم يذك لم يؤكل وإن بادر إلى ذكاته فمات ففى ذكاته بذكاة أمه قولان وهما على ما تقدم فيما يغلب على الظن موته بالذكاة ما يحتاج إلى أكله من الهوام إن قدر عليه ذكى بالذبح وإلا فبالعقر كالصيد وما لا نفس له سائلة كالجراد فيكفى قطع رءوسها أو قطع شىء منها ولو رمى بها فى ماء بارد فماتت وفى كونه ذكاة قولان لمالك وسحنون ولو وقعت بنفسها فى ماء حار فماتت فظاهر الروايات أنها لا تؤكل. وقال ابن القصار تؤكل.

* * *

obeikandl.com

كتاب الصيد

حكمه: الجواز وفى كراهته للهو قولان.

حكمة مشروعيته: تنبيه العبيد على أن مولاهم شرفهم على سائر الحيوانات وأنه جعل لحومها غذاء لهذا الجسم فيستدل بذلك على شرف الروح الملكى حيث اعتنى بما هو صواب له فيبعث العبيد على الشكر وعلى الرغبة فيما عنده.

أركانه: أربعة: الصائد، والمصيد، والمصيد به والصفة.

الصائد: مسلم يصح منه القصد إلى الاصطياد فلا يؤكل ما صاده مجوسى ولا صابئ. وفى الكتابى ثلاثة: الجواز والمنع والكراهة. ولا يؤكل ما صاده مجنون ولا سكران ولا صبى غير مميز والمميز والمرأة كصغيرهما على المشهور.

المصيد: الوحش المعجوز عنه المأكول قال اللخمى ويجوز صيد المحرم الأكل لأخذ جلده ولو ندة النعم فأما غير البقر فلا تؤكل إلا بذكاة وكذلك البقر خلافًا لابن حبيب لأن لها أصلاً فى التوحش.

المصيد به: سلاح يجرح وحيوان معلم فإن صاد بحجر له حد وأيقن أنه مات بحده أكل وإن لم يوقن بذلك لم يؤكل إذ لعله إنما قتله بغير حده ومعنى التعليم أن يروضه حتى ينقله عن خلقته حتى يصرفه الصائد كيف شاء وأما إذا بقى على خلقته فيحتمل أن يكون أمسك الصيد لنفسه لا لمن أرسله.

الصفة: أن يرسل جارحه من يده على صيد معين قاصدًا للاصطياد والذكاة بفعله أو بإرساله مسميًا الله تعالى ويتبعه بعد الإرسال ثم إذا فعل ذلك وأخذ الجارح ذلك الصيد فى انبعاثه الأول ولم يأكل منه شيئًا أو أكل ولم يبت وأخذه قبل مواراته ولم يبت أكل هو وما أبين منه إذا كان المبان نصفه أو أكثر منه فإن أرسل جارحه على غير معين وإنما قصد ما يقتله الجارح أو الآلة مما هو فى جهة مخصوصة مثل أن يرى جماعة ولم ينو منها معينًا أو لا يرى شيئًا لكنها محصورة بموضع لا تختلط بغيرها فى الغالب كالغار فيرسل جارحه وينوى واحدًا منها فالمشهور صحة الإرسال على هذه الصورة وقال أشهب لا يصح الإرسال إلا على

ما يراه معينًا ولو كان الموضع غير منحصر كالفيافى فاتفق ابن القاسم وأشهب على منع الإرسال وأجاز ذلك أصبغ ولو أرسله على معين يظنه بقرة فوجده إبلا ففى إباحته قولان لأشهب وأصبغ بناء على أن الخطأ فى الصفات هل يسرى إلى الخطأ فى الموصوفات أو لا؟ وإذا أرسله على صيد فأخذ غيره لم يأكله وإذا لم يقصد الاصطياد لم يأكله إلا بذكاة وإن ترك التسمية ناسيًا أكله وعامدًا متهاونًا ويأكله وغير متهاون فقولان بناء على أنها سنة أو واجبة مع الذكر وإذا تبع الصيد فوجده منفوذ المقاتل أكله وإن لم يجده منفوذ المقاتل ذكاه وإذا لم يتبعه أو تراخى فى اتباعه أو رجع من الطريق ثم أدركه منفوذ المقاتل لم يأكله وإن لم تنفذ مقاتله ذكاه وأكله. وإذا أكل الجارح من الصيد أكثره أو أقله أكل بقيته ما لم يبت وإذا قطع الكلب أو البازى عضوًا من الصيد فأبانه لم يؤكل المبان ثم إن ذكاه أكل بقيته وإن مات بنفسه من غير تفريط أكل، ابن شاس: إن كان موته من القطع وكان المبان نصفه فأكثر أكل الجميع وإن كان يسيرًا ففى أكل المقطوع قولان المشهور عدم الأكل ولو كان موته من غير القطع كما لو قطع خطمه فتعذر عليه الأكل فمات جوعًا لم يؤكل المبان وإذا انبعث الجارح من يده بغير إرسال فزجره فلم يلتفت إليه لم يؤكل إلا إن أدرك ذكاته ولو أغراه لما انبعث فاشتد لم يؤكل على المشهور ولو كان الجارح فى غير يده فأرسله ففى أكل ما صاده ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كان قريبًا أكل وإلا لم يؤكل والصيد لأخذه إن كان هو الذى أثاره وإن أثاره غيره فوقع فى حبالته فإن كان المثير قادرًا على أخذه ولم ينتفع بحبالة هذا ولا قصد الانتفاع بها فهو له وإن كان على إياس منه ولم يقصد الانتفاع بها فهو لرب الحبالة. ولو قصد الانتفاع بها ولولا هى لأخذه فهو للمثير وعليه لرب الحبالة قدر ما انتفع به منها ولو كان لا يقدر على أخذه لولا هى فهو بينهما على قدر فعليهما.

* * *

كتاب الجهاد

وفى آخره السبق والرمى.

حقيقته: لغة: المشقة ومنه قولهم ضربنى حتى بلغ منى الجهد وشرعًا: «قتال العدو».

وحكمه: الوجوب على الكفاية وقد يتعين على من نزل عليه العدو وفيهم قوة على مدافعته.

حكمة مشروعيته: إعلاء كلمة الإسلام.

أركانه: أربعة: المقاتِل والمقاتَل والمقاتل به والمقاتل معه.

المقاتِل: مسلم ذو قوة فلا يستعان بكافر ولو على مثله ابن حبيب هذا فى الزحف فأما فى هدم حصن أو رمى منجنيق أو صنعة أو خدمة فلا بأس به.

المقاتَل: هو المحارب ولو كان مسلمًا وقطاع الطريق أحق بالقتال من الروم ولا يقتل من لم يحارب كالنساء والصبيان، وفى المقاتلات أربعة يفرق فى الثالث إن قتلت قتلت وإلا فلا والرابع تقتل عند قتالها.

المقاتل به: كل ما فيه نكاية ولو بالنار إن لم يمكن غيرها وخيف منهم.

المقاتل معه: هو الإمام أو خليفته وإن كان جائرًا، ابن المواز ولا يجوز خروج جيش إلا بإذنه وتوليته عليهم.

اللواحق

ينحصر الكلام فيها فى ثمانية فصول:

الأول: الإسلام:

وإذا أسلم حربى وهو أسير بأيدينا لم يقتل ويبق رقيقًا ولو كان إسلامه قبل الظفر به فقد أحرز نفسه وماله وأهله وولده وإذا أسلم حربى وبيده مال لمسلم فهو له خلافًا للشافعى وما تبايعه المشركون من ذلك ثم أسلم من اشتراه لم يكن لربه

أخذه بالثمن، ابن القاسم فى الموازية فى حربى نزل تاجرًا بأمان فأسلم رقيقه أو قدم بهم مسلمين لم يمنع من الرجوع بهم وإن كن إماء لم يمنع من وطئهن. وقال عبد الملك بل يعطى فى كل واحد أوفر قيمة وينزع منه.

الثانى: فى حكم الفىء:

وهو ما لم يوجف عليه من أموال المحاربين والحكم أن يجعل فى بيت المال ويصرف فى مصالح المسلمين.

الثالث: الغنيمة والنفل والرضخ والسلب:

الغنيمة: ما أخذه المجاهدون غلبة وما أخذ سرقة فهو للسارق وفيه الخمس إذا أخذه مسلم وفى اشتراط كونه حرًا قولان لابن القاسم وسحنون وخمس الغنيمة لبيت المال وأربعة أخماسها للغانمين والنفل زيادة مال يخص به أمير الجيش من فعل فعلاً خطيرًا وهو موكول إلى اجتهاد الإمام، والرضخ مال تقديره إلى رأى الإمام يصرفه إلى النساء والعبيد والصبيان على القول بأنهم لا يسهم لهم. ومذهبه فى المدونة أنه لا يسهم لهم ولا يرضخ، والسلب ما يوجد مع القتيل من ثيابه وسلاحه من المعتاد دون ما ينفرد بلباسه عظماء المشركين وحكم السلب حكم سائر أموال الغنيمة إلا أن يفعله الإمام لمصلحة يراها ولا يجوز أن ينادى بذلك قبل القتال فيفسد على المجاهدين نياتهم والنداء يوم حنين إنما كان بعد القتال وهذه الثلاثة إنما تتعلق بالخمس.

ثم النظر فى القسمة يتعلق بالمقسوم والمقسوم له ووقت القسمة وكيفيتها.

أما المقسوم: فهو ما عدا الأراضى وما يتعلق به حق لمسلم أو ذمى فأما الأراضى فتبقى وقفًا يصرف خراجها فى مصالح المسلمين. وروى أنها تقسم. وفى بعض روايات المدونة ما يقتضى تخيير الإمام فى ذلك، وأما ما يتعلق به حق لمسلم أو ذمى فهو لربه ما لم يقسم فيستحقه بالثمن ولا يجوز قسمه إن علم ربه بعينه ويوقف له وإن لم يعرف بعينه لكن عرف أنه لمسلم أو لذمى قسم، فإن جاء ربه فهو أحق به بالثمن ما بلغ ولا يجبر على فدائه.

والمقسوم له: من اجتمعت فيه ست خصال: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والصحة.

ووقتها: بعد الانفصال ولا تؤخر إلى دار الإسلام.

وكيفيتها: أن يدفع للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان ويختص به راكب الفرس دون غيره من جميع ما يركب، ويلحق بالفرس ما يشبهه من الهجين والبراذين والضعيف كغيره لأنه يرجى برؤه وقيل لا يسهم له، وأما المريض مرضًا مخوفًا مثل الرهيص وما يجرى مجراه مما لا يمنعه المرض من المقصود منه فليسهم له ولو كان له فرسان فيسهم لواحد خاصة وقيل يسهم للآخر ولا خلاف فى أنه لا يسهم لما زاد عليهما ويسهم للخيل وإن كانت فى السفر ووقت الغنيمة فى البحر لأنها معدة للنزول إلى البر.

الرابع: فى الغلول وما ينتفع به قبل القسم:

قال مالك: إن ظهر على من غل قبل أن يتوب أدب ويتصدق بذلك إن افترق الجيش وإلا رد إلى المغانم ابن القاسم فإن جاء تائبًا لم يؤدب. قال مالك وسنة الطعام والعلف فى أرض العدو أن يؤكل ويعلف ولا يستأمر الإمام ويجوز ذبح الأنعام للأكل وقيل لا يجوز.

الخامس: فى حكم الأسارى وفكاك الأسير:

والإمام مخير فى الأسارى بين خمس خصال: القتل والاسترقاق والمن والفداء وعقد الذمة، يفعل من ذلك ما هو أصلح للمسلمين ويجب على المسلمين فداء أسراهم بما قدروا عليه كما يجب عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم، قال مالك فى العتبية فإن لم يقدروا على فكاكهم إلا بما يملكون فذلك عليهم وفى الفداء بالخيل والسلاح والخمر والحرير خلاف وإذا فدى رجل أسارى بدار الحرب وفيهم الملىء وذو القدر، فقال سحنون: إن كان العدو قد عرف ذا القدر منهم قسم الفداء عليهم على قدر أقدارهم وإن جهل ذلك فذلك عليهم بالسواء ومن اشترى أسيرًا حرًا بأمره أو بغير أمره فقال ابن القاسم له الرجوع عليه بما اشتراه وإن كان أضعاف قيمته شاء أو أبى فإن لم يكن له مال اتبعه به وإن كان له مال وعليه دين فالذى فداه أو اشتراه أحق من الغرماء لأن ذلك فداء له ولمالكه كما لو فدى ماله من اللصوص أو دابته من ملتقطها أو متاعًا له أكرى عليه فليس له ولا لغرمائه أخذه حتى يأخذ هذا ما ودى فيه وإذا اختلف الأسير والفادى فى قدر الفداء أو قال لم

يفدنى صدق الأسير على الأصح وإن أخرجه من بلد العدو ويحلف.

السادس: فى الأمان:

وذلك إلى الإمام إن كان العدو غير محصور وإن كان محصوراً صح منه ومن كل مسلم مميز غير مكره، ويصح من المميز وقال سحنون إن أجازه الإمام فى المقاتلة وفى أمان العبد أربعة أصحها الجواز وثالثها التفرقة فإن أذن له سيده فى القتال صح وإلا فلا والرابع إن قاتل صح أمانه وإلا فلا ويصح أمان المرأة على الأصح ثم من أجزنا أمانه فلا يتوقف على إجازة الإمام، وقال ابن الماجشون: يتوقف فإن رآه صوابًا أمضاه ثم الأمان إنما ينفع من لا مضرة على المسلمين فى بقائه فإن كان فى بقائه مضرة كالجاسوس والطليعة قتل.

السابع: فى الذمة:

وهى التزام تقريرهم فى بلادنا على أداء الجزية والسلامة من جهتهم والمتولى للعقد الإمام وذلك واجب عليه إذا طلبوه منه ورآه مصلحة وينبغى له أن يبين لهم مقدار الجزية قال مالك: ولا يزاد فيها على ما فرضه عمر رضى الله عنه وهى أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهمًا على أهل الورق ومن ضعف عن ذلك خفف عنه الإمام، ابن القصار ولا حد لأقلها وقيل أقلها دينار وعشرة دراهم وتؤخذ منهم على وجه الصغار كما أمر الله تعالى قال مالك ومن أسلم من أهل حصن سقطت عنه وعن أرضه وكانت أرضه له وإن كان من أهل العنوة سقطت عنه ولم تكن أرضه له ولا داره ولا ماله يريد ماله الذى اكتسبه قبل الفتح قال الباجى ومن اجتمعت عليه جزية سنين ثم مكن فإن كان فراره منها أخذت منه كلها وإن فر لعسر لم تؤخذ منه ولم تكن فى ذمته قال القاضى أبو الوليد وتعقد لكل كافر ذكر حر بالغ قادر عليها يجوز إقراره على دينه وليس بمغلوب على عقله ولا مترهب منقطع فى دير قال وهذا ظاهر المذهب وقال القاضى أبو الحسن استثنى مالك الفرس من ذلك وقال ابن الجهم توضع على كل من كان بغير الإسلام إلا من أجمع عليه من كفار قريش إكرامًا لرسول الله ﷺ صونًا لهم عن المذلة والصغار واستثنى ابن وهب مجوس العرب واستثنى ابن الماجشون من ليس بكتابى. ولا جزية على صبى ولا عبد ولا امرأة لأنهم أتباع ولا على مجنون ولا

راهب منقطع فى دير قبل ضربها عليهم ولو ترهب بعد الضرب لم تسقط عنه ولا تسقط على رهبان الكنائس وهم الشمامسة والفقير العاجز عن الكسب يقر مجانًا ولا تقبل من المرتد لأنه لا يقر على الدين الذى انتقل إليه قال مالك تعقد فى جميع البلاد إلا فى جزيرة العرب قال فى رواية عيسى وهى مكة والمدينة واليمن وإذا حصل العقد أمرناهم بالانتقال حيث لا يمتنعون فيه عنا ويجب عليه الذب عنهم فى أموالهم وأنفسهم ولا يتعرض لكنائسهم ولا لخمورهم ولا لخنازيرهم ما لم يتظاهروا بها فإن أظهروا الخمر أرقناها عليهم وإن لم يظهروها وأراقها مسلم فقد تعدى ولزمه قيمتها وقيل لا تجب ومن أظهر الخنزير أدب وإذا ترافعوا إلينا فى المظالم حكمنا بينهم ويجب عليهم الوقوف عند ما اقتضاه عقد الذمة ويمنعون من التظاهر بما لهم فيه عز كركوب الخيل والبغال السنية ويمنعون من الركوب على السروج ويمنعون من جادة الطريق ويضطرون إلى أضيقها ويلزمون لباس الغيار والزنار فإن تركوا الزنار أدبوا ولا يتشبهون بالمسلمين فى الزى ونهى عمر أن يتخذ منهم كاتب ويقاومون من الأسواق كلها ويجب عليهم الانقياد للأحكام ويمنعون من إظهار معتقداتهم ثم إن أظهروا من ذلك ما لا ضرر فيه على مسلم عزرناهم ولا تنتقض ذمتهم بذلك وإنما تنتقض بالقتال ومنع الجزية واللدد فى الأحكام وإكراه المسلمة على الزنى فإن أسلم لم يقتل لأن قتله لنقض العهد لا للحد وكذلك التطلع على عورات المسلمين ومن تعرض منهم لسب نبى قتل.

الثامن: فى تعشير المحاربين وأهل الذمة:

ويؤخذ العشر من بضاعة تجار أهل الحرب ولا يؤخذ من تجارة الذمى شىء إلا أن يتجر فى غير أفقه الذى يؤدى فيه الجزية فيؤخذ منه العشر كلما دخل ولو مرارًا فى السنة ابن القاسم ولا يؤخذ منه شىء حتى يبيع فيؤخذ منه العشر وقال ابن حبيب بل يؤخذ منه عشر ما معه ويعقله عليه الوالى ويكون شريكًا فيما فى يديه بعشرة ومنشأ الخلاف هل أخذ ذلك منه لأجل وصوله إلى ذلك القطر أو لأجل الانتفاع فيه وثمرة الخلاف إذا دخل بعين أو بضاعة ثم أراد الرجوع قبل أن يشترى أو يبيع فابن حبيب يوجب عليه العشر وابن القاسم لا يوجب عليه شيئًا.

* * *

كتاب السبق والرمى

والمسابقة بين الخيل وبين الركاب مشروعة، وكذلك فى تعليم الرمى ويشترط فى السباق معرفة الغاية وتعيين الموقف وما يشترط فى عوض الإجارة ولا يشترط معرفة جريها ولا من يركب عليها من صغير أو كبير بل معرفة أعيانها وكره مالك حمل الصبيان عليها ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يجعل الوالى أو غيره مالاً للسابق ولا يختلف فى جواز ذلك.

الثانية: أن يخرج ذلك أحد المتسابقين فإن كان لا يرجع ذلك إليه بوجه بل إن سبق أخذه السابق وإن سبق أخذه من يليه أو من حضر إن لم يكن معهما غيرهما وذلك جائز أيضًا وإن شرط أن يأخذه من سبق هو أو غيره لم يجز على المشهور. وروى ابن وهب جوازه قال الأستاذ أبو بكر وهو الصحيح.

الثالثة: أن يخرج كل واحد منهما شيئًا فمن سبق أخذهما فإن لم يكن معهما غيرهما لم يجز وإن كان معهما من لا يأمنان أن يسبقهما وليس عليه شىء بل إن سبق أخذ وإن لم يسبق لم يغرم شيئًا فالمشهور المنع وأجازه ابن شهاب وابن المسيب واختاره ابن المواز.

والرمى: كالسبق فيما يجوز ويكره ويختص بالرمى عن القوس دون غيره.

تنبيه: إذا عرض للفرس نكبة مثل أن يسقط فينكسر أو عرض ذلك للقوس أو للسهم لم يكن مسبوقًا. وأما الفارس يسقط عن فرسه أو يسقط الفرس فينكسر فقال ابن المواز أهل السباق يعدون فرسه الذى بلغ الغاية سابقًا ولا وجه له والذى اختاره أن كل ما كان من قبل الفارس مثل انقطاع لجام فلا يعذر به وما كان من قبل غيره لم يكن مسبوقًا.

* * *

كتاب الأطعمة والأشربة

والمأكول نوعان: حيوان وجماد.

فالحيوان كله مباح ما عدا الخنزير وفى سباع الوحش ثلاثة التحريم والكراهة والتحريم فيما يعدو والكراهة فى غيره وفى سباع الطير قولان الإباحة والكراهة وفى الحمير والبغال قولان التحريم والكراهة وكذلك الخيل وقيل بإباحتها ابن الماجشون وأكل الطين حرام ثم ما أبحنا أكله إذا اختلط بنجاسة وأمكن تمييزها أو تطهيره جاز أكله وقد اختلف فى اللحم يطبخ بماء نجس وفى الزيتون يملح بماء نجس والخلاف فى إمكان تطهيره لا فى جواز أكله إذا طهر وإن لم يمكن تمييزها ولا تطهيره والنجاسة يسيرة والطعام كثير أكل وقيل لا يؤكل وقد قيل فى الجبن الرومى أنه لا يؤكل لأنه يعقد بالأنفحة وهم لا يذكون وإذا وجد حوت فى بطن حوت أكل وإن وجد فى بطن طير ميت فقيل لا يؤكل لأنه صار نجسًا وقال ابن يونس الصواب جواز أكله كما لو وقع حوت فى نجاسة فإنه يغسل ويؤكل ثم الإجماع على تحريم الميتة والدم مع الاختيار وأما مع الاضطرار فيجوز عدا ميتة الآدمى وكذلك الخمر على المشهور ولا يجوز التداوى بها على المشهور ولا يجوز أكل الحشيشة ثم إذا أبحنا له أكل الميتة فذلك إذا خاف التلف ما لم يكن فى سفر معصية على الأصح إلا أن يتوب حكاه القاضى أبو بكر وحكى غيره جواز أكلها وإن كان فى سفر معصية بخلاف الفطر والقصر واختلف هل يشبع ويتزود أو يقتصر على ما يمسك الرمق والظاهر من المذهب جواز الشبع والتزود وإن وجد الطعام بثمن المثل أو بثمن فى الذمة وهو واجد لزمه شراؤه فإن لم يبعه منه واستطعمه فلم يطعمه قاتله فإن مات رب الطعام فدمه هدر وإن مات الآخر وجب القصاص ومن وجد ميتة وطعامًا لغيره أكل طعام الغير إن أمن أن يعد سارقًا وفى ضمانه قولان.

الأشربة: أربعة:

حلال وحرام ومختلف فيه بالمنع والكراهة كالمصنوع من الخليطين ومختلف فيه

هل له حكم الخليطين أو هو جائز.

الأول: كل شراب ليس بمسكر ولا عمل على صفة يسرع إليه السكر بسببها ولا صار إلى حال يشك فى سكره ولا خلاف فى ذلك ثم إن كان لم تمسه النار فيستحب أن لا يؤخر عن ثلاثة أيام لما فى مسلم عن ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد ثم يأمر به فيسقى أو يراق وإن مسه النار ولم يبالغ فى طبخه وخشى أن يكون مسكرًا نظر إلى الحال الذى هو عليه فى ذلك الوقت وإن بولغ فى طبخه حتى صار إلى حال يمنع معه الإسكار جاز شربه.

الثانى: المسكر من كل شىء وقد انعقد الإجماع على تحريم عصير العنب ومطبوخه واختلف فى عصير غيره ومطبوخه فذهب مالك والشافعى إلى تحريم قليله وكثيره وذهب أبو حنيفة إلى تحريم كثيره دون قليله.

الثالث: ما خلط من نوعين كل واحد منهما يصير خمرًا لو انفرد كالتمر مع البسر أو العنب وقد ورد النهى عن انتباذ التمر والزبيب معًا والعلة إسراع السكر قال مالك وفيه الأدب الموجع إن عرف ذلك وارتكب النهى عامدًا وقال القاضى أبو محمد إن خلط فقد أساء ولم يحد وما ليس فيه الشدة المطربة جاز شربه.

الرابع: أن يجعل فى النبيذ ما يسرع به إلى السكر كالتربة وعكر النبيذ والعجين والدقيق وقد أجاز ذلك مرة ومنعه أخرى وبالجواز أخذ ابن القاسم والمنع أولى لأن العلة فى الخليطين ليس إلا الإسراع إلى السكر.

تنبيه: من ملك خمرًا فليرقها ويكره أن يخللها فإن فعل جاز أكل ذلك الخل وكرهه عبد الملك وسحنون ولو تخللت بنفسها جاز أكلها بلا خلاف.

* * *

كتاب الأيمان والنذور

الأيمان

جمع يمين وهى الحلف بمعظم تأكيدًا لدعواه أو لما عزم على فعله أو تركه.

حكمها: الجواز إن كانت باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته.

حكمة مشروعيتها: الحث على الوفاء بالعقد مع ما فيها من المبالغة فى التعظيم.

أركانها: أربعة: الحالف، والمحلوف به، والمحلوف عليه، والصيغة.

الحالف: مسلم مكلف فلا اعتبار بيمين الكافر ولا بيمين المجنون والسكران ولا بيمين الصبى وتنعقد من المكلف وإن كان سفيهًا أو عبدًا.

المحلوف به: أسماء الله تعالى وأسماء صفاته النفسانية والمعنوية دون صفات فعله نحو خلقه ورزقه وأسماؤه عز وجل المشتقة من الأفعال كغيرها وكرهت اليمين بعهد الله وأمانة الله إذ لم يرد إطلاقها فإن قصد الصفة لزمته الكفارة والمشهور وجوب الكفارة فى القرآن والمصحف. وروى ابن زياد نفى الكفارة وأنكرها الأشياخ وأولوها بأنه أراد القراءة أو الحروف والأوراق والحلف بالنبى وبالكعبة مكروه وبكل حادث ولا كفارة فيه.

المحلوف عليه: ما يقدر الحالف على فعله أو تركه.

الصيغة: تكون تارة بحرف من حروف القسم كالباء والتاء والواو وايم وتارة تكون بغير حرف كقولك الله لأفعلن ولو قال أحلف أو أقسم أو أشهد وعلق ذلك باسم الله تعالى نطقًا أو نية فيمين وإن نوى غير الله تعالى فليست بيمين وإن لم ينو شيئًا لم تكن يمينًا على المشهور ولا بد من تمهيد قواعد يحتاج إليها وهى عشرون قاعدة:

الأولى: أن اليمين إذا تعلقت بإيجاد الفعل فى حقيقة مركبة لم يبر إلا بإيجاده فى كل فرد من أفرادها وإن تعلقت بإعدامها بر بإعدام فرد من أفرادها مثاله أن يحلف ليعطين فلانًا عشرة دراهم فلا يبر إلا بإعطاء كل فرد ولو حلف لا أعطيه عشرة دراهم فأعطاه تسعة لم يحنث وبهذه يعرف صحة ما قيل فى الحالف ليأكلن

هذا الرغيف أنه لا يبر إلا بأكل جميعه لأنه حلف على إيجاد الأكل فى جميعه ولو حلف لا أكله حنث بأكل بعضه لأن مراده أنه لا يعدمه.

القاعدة الثانية: أن الحالف إنما يراد بيمينه أن تكون حاثة له على الفعل أو الترك ولا يختلف فى ذلك ويشكل على هذه تحنيثه بفعل المحلوف عليه ناسيًا ومشهور المذهب أنه يحنث وقيل لا حنث عليه وهو قول الشافعى واختاره السيورى وغيره ومثل هذا أن يحلف لا دخل لى فلان دارًا فدخلها فلان فى غيبة الحالف وقد رأيت من حنثه وهو بعيد لأن مراده أنه يمنعه ولا يتصور منعه مع غيبته والصواب أنه لا يحنث.

القاعدة الثالثة: أن المشروط لا يقع إلا بعد شرطه لا يتقدم عليه حلفه ولا يساويه وبهذه القاعدة يظهر بطلان تعليل قول من قال فى القائل لعبده إن بعتك فأنت حر أن البيع يفسخ ويعتق العبد لأن البيع والعتق وقعا معًا والصواب فى التعليل أن يقال الحالف إنما يحلف على فعل نفسه والذى يقدر عليه هذا الحالف إنما هو إصدار صيغة الإيجاب والقبول من المشترى شرط فى كون صيغة الإيجاب شرطًا فإذا حصل القبول منه تحقق أنه باع العبد بعد العتق فما وقع المشروط إلا بعد وقوع شرطه.

القاعدة الرابعة: المقرر فى أصول الفقه فيما إذا قال ليفعلن كذا أو إن لم يفعل فمضى زمان يمكنه فيه الفعل ولم يفعل فقد تحقق العدم ومقتضى هذه القاعدة أن الحالف ليطلقن امرأته أو إن لم يطلقها فمضى زمان يمكنه فيه طلاقها ولم يفعل أنه حانث ووقع فى المذهب فى الحالف إن لم يفعل كذا فامرأته طالق أنه يحال بينه وبين وطئها حتى يفعل ما حلف عليه ومقتضى هذه القاعدة أنها تطلق بمضى زمن يمكنه فيه الفعل وقالوا فى الرجل يقول إن لم يقتل زيدًا فامرأته طالق أنه تطلق عليه بالحكم إن لم يقتله وهذا موافق للقاعدة.

القاعدة الخامسة: إذا حلف لأفعلن كذا فأكره على فعله فلا حنث عليه فإذا حلف لا دخل هذه الدار فأكره على دخولها ودخل محمولاً لم يحنث لكن إن قدر على الخروج فلم يخرج حنث ابن القاسم ولو كان راكبًا قبالة الباب فضربت أو نفرت ولم يقدر على النزول لم يحنث، ولو قدر على أن يترامى من غير أن يصيبه

عيب فلم يفعل حنث ولو فعل ما حلف أن لا يفعله جاهلاً مثل أن يحلف لا يسلم على زيد فسلم عليه وهو فى الظلام من غير أن يعرفه حنث وينبغى أن لا يحنث لما تقدم أن اليمين حاثة على الفعل أو الترك فسلامه عليه فى الظلام لا يتناوله يمينه كما قلناه فى الناسى.

القاعدة السادسة: إذا حبسه عذر عن فعل ما حلف ليفعلنه ففى حنثه قولان ومقتضى ما تقدم أن يكون الصحيح عدم الحنث.

القاعدة السابعة: فى الفرق بين النية المؤكدة والمخصصة فالمؤكدة هى الموافقة لمدلول اللفظ والمخصصة منافية مثال ذلك أن يقول والله لا لبست ثوبًا ونوى كتانًا قال عز الدين بن عبد السلام رحمه الله الفقهاء يفتون بأنه لا يحنث إلا بالكتان والصواب أن يقال يحنث فى الكتان باللفظ والنية لأن النية هنا مؤكدة ويحنث فى غيره بعموم اللفظ وإن استحضر غير الكتان فى نيته ونوى إخراجه عن عموم اللفظ لم يحنث به لأن النية حينئذ مخصصة لأن من شرط المخصص أن يكون منافيًا.

القاعدة الثامنة: إذا صدر اللفظ من صاحب الشرع فمحمله على العرف الشرعى وبهذه القاعدة نعرف أن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ينفع فى اليمين بالله تعالى خاصة دون الطلاق والعتق لقوله ﷺ: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت» ثم حيث قلنا بأن الاستثناء بها ينفع فذلك إذا كان كلامه متصلاً من غير قطع اختيارى وحرك بها لسانه قاصدًا للاستثناء فلو فصل بينها وبين يمينه اختيارًا أو لم يحرك لسانه بها أو أتى بها سهوًا أو تبركًا لم تنفعه ولو علق الطلاق على فعل وأعاد المشيئة إليه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله لم تنفعه على المشهور وقال ابن الماجشون وأصبغ ينفعه وهو أصح فى النظر.

القاعدة التاسعة: إذا استثنى بمشيئة من لا تعلم مشيئته كالملائكة لم ينفعه على الأصح وكذلك من لا مشيئة له كالحجر وفى لزوم الطلاق له قولان لسحنون وابن القاسم وقال أشهب فيمن قال والله لا كلمتك إلا أن يشاء هذا الحجر لا يكلمه أبدًا ولو استثنى بمشيئة نفسه مثل أن يقول إلا أن يبدو لى أو أرى غير ذلك فلا خلاف أن ذلك ينفعه فى اليمين بالله عز وجل وفى المستقبل المعلق عليه الطلاق مثل أن يقول لا فعلت كذا أو إن فعلت كذا فامرأتى طالق إلا أن يبدو لى أو أرى غير

ذلك يريد يبدو لى فى الفعل أو نرى غيره قال ابن القاسم وكذلك قوله يرينى الله غير ذلك قال وأما إن قال إلا أن يقضى الله أو يريد الله فهو كقوله إن شاء الله والنية فى ذلك كله غير كافية بل لا بد من النطق ولو استثنى بمشيئة زيد ولم يعلم أو علم فلم يقض بشىء أو لم يعلم هل قضى بشىء أو لا لم يقع طلاق ولو قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد عدم الطلاق لم تطلق على الأشهر ولو قال أنت طالق إلا أن يمنعنى أبى فمنعه أبوه لم يلزمه بمنزلة قوله إلا أن يشاء أبى فلم يشأ والأصل أنت طالق إن شاء أبى قاله أصبغ.

القاعدة العاشرة: فى العزم على ترك ما حلف أنه يفعله هل يكون بمنزلة ترك فعله أو لا ولم أر فى ذلك نصًا إلا ما حكاه ابن الحاجب فى القائل لامرأته إن لم أتزوج عليك فأنت على كظهر أمى قال إنما يكون مظاهرًا بالإياس أو العزيمة وأفتى شيخنا شهاب الدين القرافى رحمه الله فيمن قال لامرأته إن لم أفعل كذا فأنت طالق وعزم على أن لا يفعله أنه يحنث.

القاعدة الحادية عشرة: إذا تعذر المحلوف عليه عقلاً لم يحنث كما لو حلف ليذبحن هذا الحمام فيموت وإن تعذر شرعًا كمن حلف ليطأن زوجه فوجدها حائضًا ففى حنثه قولان ثم إن وطئها وهى حائض فقد بر فى يمينه وإن كان إثما وقيل لا يبر وإن تعذر عادة مثل أن يحلف ليبيعن هذا الثوب فيسرق أو يغصب أو يستحق حنث وقال أشهب لا يحنث وهذا كله إذا ضرب لذلك أجلاً وإن لم يضرب له أجلاً فإن لم يفرط حتى حصل التعذر لم يحنث وإن فرط حنث.

القاعدة الثانية عشرة: التمادى على الفعل كابتدائه فى البر والحنث بحسب العرف.

القاعدة الثالثة عشرة: المعتبر فى الولاية على المحل حال النفوذ فلو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا فدخلت بعد أن عتق طلقت ثلاثًا ولو قال طلقتين وقعتا وبقيت له واحدة.

القاعدة الرابعة عشرة: إذا تغير المحلوف عليه عن صفته فهل يلحقه ذلك التغير بجنس آخر أو لا قولان مثاله أن يحلف ليأكلن هذا الطعام فيفسد ويتغير عن حاله وفى بره أو حنثه قولان.

القاعدة الخامسة عشرة: إذا حلف لأفعل كذا ففعله فحنث ثم فعله ثانية وثالثة فلا يتكرر عليه الحنث إلا أن يأتى بلفظ يدل على التكرار مثل كلما ومهما وفى متى ما اضطراب ففى الجواهر هى مثل كلما وفى المدونة هى مثل إن إلا أن ينوى بها معنى كلما ولو اقتضى العرف التكرار مثل قوله لا تركت الوتر أو كقوله لامرأته متى تزوجت عليك فأمرك بيدك.

القاعدة السادسة عشرة: إذا تكررت ألفاظ اليمين بالله على شىء واحد فالأصل أنها على التأكيد ما لم ينو الإنشاء فإذا قال والسميع العليم فكفارة واحدة وكذلك إن قصد الإنشاء على المشهور ما لم ينو كفارات فإن نواها أو قال على عشر كفارات أو عشر نذور لزمه ما نواه ولو كرر أسماء الصفات مثل قوله وعلم الله وقدرته وجلاله فقولان والأصل فى أيمان الطلاق الإنشاء ما لم ينو التأكيد.

القاعدة السابعة عشرة: فى بيان الفرق بين اللغو والغموس، فاللغو هو اليمين على ما يعتقده فيتبين خلافه ماضيًا كان أو مستقبلاً وقيل هو ما يسبق إليه اللسان بغير عقد والقولان مرويان عن عائشة رضى الله عنها ويدخل اللغو فى الطلاق على التفسير الثانى فإن حسرته النية لم يصدق فى عدم القصد ولا يدخل على التفسير الأول والغموس هو اليمين بالله تعالى على تعمد الكذب أو على غير يقين قال مالك والله ما لقيت فلانًا أمس وهو لا يدرى ألقيه أم لا ثم علم بعد يمينه أنه كلما حلف بر وقد خاطر فسلم وإن كان على خلاف ذلك فهو كمتعمد الكذب.

القاعدة الثامنة عشرة: إن المعتبر فى اليمين بالله على ما أذكره من التفصيل النية فإن عدمت اعتبر بساط اليمين وهو السبب الباعث عليها فإن عدم حملت على المقصد العرفى وقيل على اللغوى وقيل على الشرعى والأول أصح، ثم المعتبر فى النية نية المستحلف إن حلف له على حق وإن حلف له متبرعًا أو مكرهًا أو بعد أن استحلفه ففى المذهب أربعة يفرق فى الثالث فإن حلف متطوع فله نيته وإن حلف بعد أن استحلفه فهى على نية المستحلف والرابع عكسه حكاه القاضى عياض، وإن لم يحلف بغيره وكانت يمينه مما لا يقضى بها فله نيته إن كان ما ادعاه قريبًا كما لو حلف بالمشى إلى بيت الله وقال أردت المسجد و كان بعيدًا فيجرى على ما ذكرته آنفًا وإن كانت مما يقضى بها كالطلاق والعتاق وادعى خلاف ظاهر اللفظ نظرت

فإن كان ما ادعاه احتمالاً قريبًا قبلت نيته فى الفتيا دون القضاء، مثل أن يقول لا لبست ثوبًا ويقول أردت ثوبًا وشيئًا أو لا أكلت سمنًا ويريد سمن ضأن وإن كان احتمالاً بعيدًا لم تقبل نيته مطلقًا مثل أن يحلف بطلاق امرأته على أمر كذب فيه ويقول أردت امرأتى الميتة أو المطلقة ولو كان الاحتمال سواء فقال ابن بشير قد يقال هنا تقبل نيته ويستظهر عليه باليمين.

القاعدة التاسعة عشرة: إذا حلف لا أكل شيئًا فأكل أصله مثل أن يحلف لا أكل تمرًا فأكل بلحًا لم يحنث، وإن كان فرعه وأتى بلفظ من حنث مثل أن يقول لا أكلت من هذا القمح فأكل خبزه وقال أشهب إلا أن يبعد استحلاله مثل أن يقول لا أكلت من هذا الطلع فأكل من رطبه لمخالفته له فى الاسم والطعم وإن أتى به منكرًا فقال ابن بشير لا يحنث إلا أن يقرب جدًا مثل لا أكلت زبدًا فأكل سمنًا ففيه قولان، وكذلك حكى ابن الحاجب فى التعريف والتنكير مثل أن يقول لا آكل القمح أو اللحم أو الطلع أو لا آكل لحمًا أو قمحًا أو طلعًا قال فلا يحنث على المشهور إلا أن يقرب جدًا كالسمن من الزبد فقولان ابن المواز واختلف فى الحنث بما يخرج من الشىء ولم يره ابن القاسم إلا فى خمسة فى الشحم من اللحم والنبيذ من التمر والزبيب والعصير من العنب والمرق من اللحم والخبز من القمح قال وما سوى ذلك فلا يحنث به إلا أن يقول منه والمذهب أن الشحم داخل فى مسمى اللحم بخلاف العكس.

القاعدة العشرون: فى الاستثناء بإلا وإخوانها وذلك نافع فى جميع الأيمان ويشترط فيه ما يشترط فى الاستثناء بالمشيئة من الاتصال واختلف إذا قصد الاستثناء به أو بالمشيئة بعد تمام الكلام وقبل القطع وأتى به متصلاً فالمنصوص أن ذلك ينفعه. وقال ابن المواز لا بد من القصد إليه ولو عند آخر حرف، وأما إن اقتضت وهو غير قاصد ثم أتى به متصلاً من غير صمات لم ينفعه، واختلف فى نية الاستثناء هل تنفع أو لا بد أن يحرك بها لسانه كالاستثناء بمشيئة الله تعالى على قولين.

تنبيه: فروع هذا الباب يضيق عن ذكرها هذا المختصر وفى هذه القواعد كفاية والله الموفق للصواب.

اللواحق

وهى هاهنا أحكام الكفارة وهى إنما تجب بوجود السبب والشرط، فالسبب: اليمين، والشرط: الحنث، والحنث غير حرام لكن الأولى أن لا يحنث إلا أن يكون الخير فى الحنث أنواعها ثلاثة على التخيير لنص الكتاب: إطعام عشرة مساكين مد لكل مسكين من أوسط العيش ثم إن كان بالمدينة فمده ﷺ وكذلك إن كان فى غيرها قاله ابن القاسم وقال غيره بل يخرج الوسط من الشبع وقيل هو رطلان بالبغدادى من الخبز وشىء من الأدام وذلك وسط من الشبع فى جميع الأمصار. وأفتى ابن وهب بمصر بمد ونصف وأفتى أشهب بمد وثلث، ويشترط أن يكونوا أحراراً مسلمين ويعطى الفطيم ما يعطى الكبير ويعطى منها من له دار وخادم لا فضل فى ثمنهما فإن اختار الكسوة فثوب لكل رجل ساتر لجميع جسده أو للمرأة درع وخمار وفى إعطاء الصغار ما يستر أو مثل الكبار كالطعام قولان ويشترط فى الرقبة ما يشترط فى الصيام والظهار فإن عجز عن جميع ذلك صام ثلاثة أيام وتتابعها مستحب وهذا حكم الحر، وأما العبد فيجزئه الصيام بلا خلاف ولا يجزئه العتق لأن الولاء لسيده وأما الإطعام والكسوة ففى المدونة إن فعل ذلك بإذن سيده رجوت أن يجزئه وما هو بالبين والصوم أحب إلى وحكى المتأخرون فى الإجزاء قولين.

* * *

النذور

حقيقته: لغة: اللالتزام، وشرعًا التزام فعل طاعة تقربا لله تعالى.

حكمه: الاستحباب إن كان على وجه الشكر ابتداء والكراهة إن كان على غير ذلك بشرط كان أو بغير شرط فإذا صدر ذلك من الناذر وتعلق بفعل مندوب إليه وجب الوفاء به ويعزى لابن القاسم أن ما كان معلقًا على وجود شىء أو خرج

مخرج اللجاج والغضب فيه كفارة يمين ومال إليه جماعة من المتأخرين.

والحكمة فى لزومه: التأدب مع الله تعالى بالوفاء بما التزم من طاعته.

أركانه: ثلاثة: الناذر والمنذور والصيغة.

الناذر: مسلم مكلف فلا نذر لكافر ولا صبى ولا مجنون.

المنذور: ما فيه قربة فلا نذر فى معصية ولا مباح.

الصيغة: لفظ يدل على التزام ما فيه قربة كقوله لله على صوم كذا وما أشبه ذلك ثم إن صدرت مطلقة، كقوله: على نذر فحكمه حكم اليمين بالله تعالى فى الكفارة الاستثناء واللغو وإن صدرت مقيدة نصًا أو نية ثم عرفًا ثم مدلول لفظ عمل بمقتضاه فإن كان له مقتضيان ففى حملها على الأقل أو الأكثر خلاف فإذا نذر أن يصلى ونوى عددًا لزمه ما نواه فلو لم ينو شيئًا صلى ركعتين فلو نوى أن يصلى قاعدًا مع قدرته على القيام جاز ولو لم ينو القعود لزمه القيام لأنه المعروف وإذا قال على المشى إلى مكة لزمه المشى إليها. قال مالك: ولو حلف بالمشى إلى مسجد الرسول ﷺ أو مسجد بيت المقدس لم يلزمه المشى وليأتهما راكبًا وإنما يمشى من قال على المشى إلى بيت الله تعالى ابن القصار إنما لم يجب عليه المشى إلى هذين المسجدين إذ لا طاعة فى المشى إلى الصلاة ولزمه ذلك فى قوله على المشى إلى بيت الله لأن ذلك ينصرف إلى الحج والعمرة والمشى فيهما طاعة فإذا أوجبه على نفسه وجب ولو نوى الصلاة كان له أن يركب قال عنه ابن شاس وإذا لزمه إتيان مكة للصلاة فى مسجدها فإنه لا يدخلها إلا محرمًا. وإذا نذر صيام شهر فبدأ الصيام من أول شهر فكان تسعة وعشرين أجزأه وإن ابتدأه فى أثناء الشهر كمله ثلاثين ولو نذر صيام سنة بعينها فإن نص على قضاء الأيام التى لا يصح صومها أو نوى ذلك أو نص على عدم قضائها أو نواه عمل بمقتضى ذلك وإن لم ينص على شىء ولا نواه فقال مالك يفطر يوم الفطر وأيام الذبيح ويصوم آخر أيام التشريق يعنى الرابع ولا قضاء عليه فيها ولا فى رمضان ولو نذر صوم سنة ولم يعينها صام اثنى عشر شهرًا ليس فيها رمضان ولا الأيام المحرمة قاله مالك قال ويجعل الشهر الذى يفطر فيه ثلاثين فيقضى على قوله إذا كان شوال ناقصًا يومين يوم الفطر ويوم النقص، وقال ابن عبد الحكم: إنما يقضى ما أفطر فيه

خاصة ولو نذر يوم يقدم فلان فقدم ليلا صام يومه ولو قدم نهارًا فلا قضاء على المشهور ولو قدم يوم عيد لم يقض ولو نذر صوم يوم بعينه فنسيه فقال سحنون أولاً: يختار يوما ويصومه، وقال أيضًا: يصوم الأيام كلها، وقال أيضًا: يصوم آخر يوم فى الجمعة وهو يوم الجمعة، وقاله ابن القاسم فى العتبية. وإذا نذر صدقة فإن أطلق خرج على العهدة بأقل ما ينطلق عليه الاسم ولو قال مالى أو جميع مالى نذر وصدقة أو فى السبيل أو هدى أو لوجه الله تعالى أجزأه إخراج الثلث من العين والطعام والرقيق وغير ذلك إلا أن ينوى العين خاصة ويخرج ثلث قيمة مكاتبه فإن عجز يومًا ما وكان فى قيمة رقبته فضل أخرج ثلث الفضل ولو قال نصف مالى أو ثلاثة أرباعه أخرج جميع ما سمى قال محمد وكذلك لو قال مالى إلا درهما فإنه يخرج جميعه ولو عين فقال دارى أو دابتى أو ثوبى صدقة أو فى سبيل الله ولا مال له غير ما سمى وحنث فقال فى المدونة يخرج ما سمى ولا يكفيه ثلثه وقال ابن نافع إذا حلف بجميع ماله فإنما يلزمه إخراج الثلث إذا كان مليا فأما قليل المال الذى يجحف ذلك به فيخرج قدر زكاة ماله والفقير يكتفى بكفارة يمين وقال سحنون فى جميع ذلك: يخرج ما لا يضر به إخراجه عين أو لم يعين.

* * *

كتاب النكاح

حقيقته: لغة التضام والتداخل يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها فى بعض ويطلق على العقد مجازا من باب إطلاق السبب على المسبب.

حكمه: الندب وقد يعرض له ما يصيره واجبًا ومكروهًا ومباحًا وحراما، فيجب على من لا ينكف عن الزنا إلا به ويكره لمن لا يشتهيه وينقطع عن عبادة ربه ولمن لا يجد الطول ولا حرفة له ولا صناعة ويحرم إذا لم يخف العنة وكان يضر بالمرأة لعدم القدرة على الوطء أو على النفقة أو يتكسب من الحرام. ومباح لمن لا سبيل له ولا أرب له فى الاستمتاع.

حكمة مشروعيته: دفع التوقان وغوائل الشهوة والاستدلال باللذة الفانية على اللذة الباقية وموافقة إرادة الله تعالى فى بقاء النسل إلى الوقت المعلوم، وإرادة رسول الله ﷺ فى المكاثرة.

مستحباته: سابق وهو الخطبة وما قل أفضل ومقارن وهو وقوعه فى زمن ترجى بركته قال أبو عبيد يستحب يوم الجمعة بعد صلاة العصر لقربه من محل السكون وهو الليل ويكره صدر النهار لما فيه من التفوق والانتشار ويستحب فى رمضان لفضله وفى شوال لأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة فيه وابتنى بها فيه ولاحق وهو إظهاره والوليمة والدخان.

أركانه: خمسة: الصيغة والزوج والولى والزوجة والصداق.

• **الصيغة:**

من الولى لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت ووهبت بتسميته صداق وهى من الزوج ما يدل على الرضا فلو قال زوجنى ابنتك فقال زوجتك لزم وإن قال لا أرضى لم ينفعه لأن هزل النكاح جد. وقال مالك فى السليمانية لا يجوز هزل النكاح قال سليمان إذا علم الهزل ثم الصيغة إن صدرت مطلقة فواضح وإن صدرت مقيدة فلذلك صور ثلاث:

الأولى: أن تقيد بخيار فإن كان فى المجلس أو ما قرب جاز وإن كان إلى اليوم

واليومين والثلاثة فمنعه فى المدونة.

الثانية: أن يتقيد الإيجاب بوقت فإن كان الوقت معينًا مثل إذا مضت سنة فقد زوجتك ابنتى بطل ولو علقه على الموت مثل إذا مت فقد زوجتك ابنتى وكان مريضا جاز وإن كان فى الصحة ففى منعه قولان لابن القاسم وأشهب.

الثالثة: أن يتقيد بأجل وهو نكاح المتعة ويفسخ أبدًا بغير طلاق وقيل بطلاق وهل لها المسمى أو صداق المثل قولان ويعاقبان ولا يبلغ الحد والولد لاحق. قال مالك وبالعراق النهارية تتزوج على أن لا يأتيها إلا نهارًا أو ليلا ولا خير فيه. ابن القاسم ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويفسخ الشرط ولو تزوج المسافر يستمتع ثم يفارق فإن كان شرطا فمتعة وإن فهمت المرأة ذلك ولم يكن شرطا ففى الجواز والمنع قولان لمالك ومحمد وروى أشهب إن كان أخبرها قبل النكاح فليفارقها والإشهاد شرط فى الدخول لا فى العقد فإن دخل ولم يشهد فسخ بطلقة بائنة وله نكاحها بعد الاستبراء ابن الماجشون ويحدان عالمين كانا أو جاهلين ما لم يكن أمرهما فاشيا قال والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو بإفشائهما باسم النكاح وذكره واشتهاره كالأمر الفاشى والجارى على أصل المذهب أنهما لا يحدان إذ لا يؤاخذ أحد إلا بما أقر به. وقال ابن القاسم: إن لم يعذرا بجهالة حدا وإن كان أمرهما فاشيا والأول أصوب. ونكاح السر قيل هو الذى دخل ولم يشهد فيه والمشهور أنه المتواصى بكتمانه قال ابن حبيب ويفسخ إن دخل ما لم يطل بعد البناء قاله مالك وأصحابه ولها صداقها بالمسيس ويعاقب الزوجان والشهيدان بما كتبا. وحكى ابن يونس أن الشهيدين لا يعاقبان وقال يحيى بن عمر إذا أشهدا عدلين فليس بسر وإن أمراهما بالكتمان ويؤمر الشهيدان بأن لا يكتما.

• الزوج:

إما أن يتولى هو العقد بنفسه أو يعقده عليه غيره ثم عقد الغير إما بوكالة أو بغير وكالة أو بتولية ثم التولية للسيد أو الأب أو الوصى أو الحاكم ووكيله إذ لا ولاية إلا على ناقص لرق أو صغر أو جنون أو سفه فإن تولى العقد بنفسه فيشترط فى جواز نكاحه التمييز وألا يكون له فرجان لا مزية لأحدهما على الآخر ويشترط فى نكاحه أن يكون مطلق اليد والاختيار وإن عقد عليه غيره بوكالة لزم إن عمل

بمقتضى وكالته نصا وعرفا ولو زوجه بعد العزل وقبل علمه به ففى اللزوم قولان وإن عقد عليه بغير وكالة وكان حاضرًا صح إذا أجاز فعله وإن صمت فلما فرغ قال لا أرضى وإنما صمت لعلمى أن النكاح لا يلزمنى لزمته اليمين قاله فى المدونة فى الأب يزوج ولده المالك لنفسه وأنكر سحنون اليمين فى ذلك ابن القاسم إنما يحلف إذا ادعى أبو الصبية أن مخبرًا أخبره أن الابن أمر أباه أن يزوجه وإذا قلنا يحلف فنكل فقال ابن أبى زيد لا يلزمه شىء لأن يمينه استظهار وقيل يلزمه نصف الصداق ولا يلزمه نكاح ولا ترد اليمين لأنها يمين تهمة وعن ابن القاسم إن ادعى أبو الصبية أن مخبرا أخبره بأنه أمر أباه فإن أبا الصبية يحلف إذا نكل ويثبت النكاح وإن كان غائبًا فجائز إذا بلغه لأنه يجوز بالقرب ابن دينار وابن حبيب والقرب مثل المسجد والدار. فإن عقد السيد على عبده النكاح لزمه لأن له إجباره على النكاح قال مالك وليس له أن يضربه فيزوجه ممن لا خير فيه وللأب أن يزوج الصغير. وفى الوصى ثلاثة الإجبار فى المدونة. وعدمه فى الموازية والتفرقة فإن كانت المرأة ذات شرف أو ابنة عم فله الإجبار وإلا فلا قاله المغيرة ووصى الحاكم فى ذلك بمنزلة وصى الأب وذكر ابن الحاجب أن للحاكم تزويجه ولم يحك فيه خلافا. والمجنون يزوج إن احتاج وفى مختصر ما ليس فى المختصر: ما رأينا من زوج مثل هذا. وأما السفيه البالغ ففى إجبار الأب والوصى والحاكم له قولان القول بإجبار الوصى له لابن القاسم وابن حبيب والقول بعدم الإجبار أحسن إذ لا يؤمن أن يطلق فيغرم نصف الصداق ولو تزوج بنفسه وأذن له أبوه أو وصيه جاز وإن لم يأذن نظر فيه الأب والوصى فأمضاه إن كان صوابا وإلا فسخه بطلقة وعن ابن القاسم إن كان حين العقد بحالة رشد مضى وإذا فسخه بعد البناء فقال ابن الماجشون لا يترك لها شيئًا والمشهور أنه لا بد من الترك وفى قدره خمسة قال ابن القاسم ومالك فى رواية ابن وهب يترك لها ربع دينار وبه الحكم وقال ابن القاسم أيضا يجتهد فى الزيادة لذات القدر ويترك للدنيئة ربع دينار وقال أيضًا يترك من المائة ثلاثة دنانير أو أربعة أو نحو ذلك وقال ابن نافع إن كان نقدها مائة ترك لها عشرة وقال أصبغ تعوض بما تلذذ منها ما هو دون صداق مثلها ولم يجد مالك فى ذلك شيئًا بل قال يترك لها ما يستحل به فرجها. وإذا لم يعلم الوصى حتى رشد

لم يفسخ نكاحه قاله ابن المواز وغيره وقيل يعود النظر إليه وإن لم يعلم حتى مات أحدهما فثلاثة قال ابن القاسم إن مات الزوج فلا ميراث وإن ماتت هى ورأى الولى إمضاء النكاح وأخذ الميراث فعل وإلاَّ رده وترك الميراث وقال أيضا يتوارثان لفوات النظر وقال أصبغ إن ماتت وكان تزويجه غبطة فله الميراث ولها الصداق وإلاَّ فلا ميراث ولا صداق وإن مات هو فلها الميراث ثم إن كان نكاح غبطة فلها الصداق أيضا وإن كان مما يرد فلا صداق لها إلاَّ أن يكون دخل فلنا ربع دينار ولو مات أحدهما بعد علم الوصى فقال ابن الماجشون إن كان يحدثان النكاح حلف ما رضى ولا أجاز ثم لا ميراث ولا صداق وإن طال فلا كلام له.

• الولى:

شروطه سبعة الذكورية والحرية والعقل والبلوغ وموافقة الدين والرشد وأن يكون حلالا واختلف فى العدالة والمشهور أنها ليست بشرط والمقدم فى الأمة المالك وفى الحرة الابن وإن سفل ثم الأب وعن مالك أن الأب مقدم ثم الأخ ثم ابنه وإن سفل ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ثم العم ثم ابنه على ترتيبهم فى الإرث وفى تقديم الشقيق عن الأخ للأب روايتان لابن حبيب والمدونة والخلاف جار فى أبنائهما وفى العين وأبنائهما ثم المولى الأعلى ثم عصبته ثم معتقه ثم عصبة معتقه على ما ذكر ولا مدخل فى الولاية للمولى الأسفل على المشهور. وفى تقديم ولى النسب على وصى الأب ستة قال أشهب الوصى أولى وقيل الولى أولى حكاه فى السليمانية والوصى أولى فى البكر البالغ وهو فى الثيب ولى من الأولياء وهو المشهور وقيل هو والولى سواء وقال ابن الماجشون لا تزويج للوصى إلاَّ أن يكون وليا وقال القاضى أبو محمد: وأن يعقد بإذن الوصى، وقال يحيى بن سعيد: الوصى أولى ويشاور الولى قال والوصى العدل بمنزلة الأب والإجبار يختص بالمالك والأب فيمن لم يعرف مصلحته من بناته ومظنة ذلك الصغر والبكارة وما وقع من خلاف فى آحاد الصور وفى شهادة وأما الوصى فإن عين له الأب رجلا فله تزويجها منه وإن كرهت وإن لم يعين ونص على أن له تزويجها قبل البلوغ وبعده فله ذلك على القول المعمول به وقال القاضى أبو محمد وسحنون عقد بظاهر الحديث ولو جعل ذلك إلى اجتهاده فالمعروف أن له إجبارها

وقال ابن القصار لا يزوجها حتى تبلغ وترضى وإذا كان أولياء فى عقد فبادر أحدهم فعقد بإذنها مضى وإلاَّ فالعقد إلى أفضلهم ثم إلى أسنهم فإن تساووا عقدوا جميعًا فإن اختلفوا فالسلطان يتولى العقد ورواه ابن القاسم وقيل يرده إلى أحدهم وإن عقد عليها بغير إذنها ثم أعلمها فرضيت فثلاثة يفرق فى الثالث فيجوز بالقرب وإذا أذنت لوليين فزوجها كل واحد من رجل فإن لم يدخل أحدهما وعلم الأول فهى له وإن جهل أو اتحد العقدان فسخا معا بطلاق وقال محمد يوقف الطلاق فإن تزوجت أحدهما لم يقع عليه شىء وإن تزوجت غيرهما وقع عليهما فإن دخل بها الثانى فهو أحق بها على المشهور لقضاء عمر رضى الله عنه من غير مخالف له وإن عقد عليها الأبعد مع وجود الأقرب فإن كان الأقرب هو الأب لم يجز وإن أجازه لم يجز السيد على الأصح وإن كان غير الأب وهى دنيئة مضى اتفاقا وإن كانت ذات قدر فخمسة الإمضاء فى المدونة وهو المشهور فإن أثبت الأبعد أنه غير صواب فله مقال وعدمه للمغيرة والخيار للولى ما لم يتطاول وتلد والخيار له ما لم يبن قاله ابن حبيب وينظر السلطان وعليه أكثر الرواة ولو زوجها أجنبى وهى دنيئة فرأى مالك مرة أن كل أحد كفء لها ورأى مرة أنها كذات القدر وإن كانت ذات قدر فخمسة أيضا الإمضاء حكاه القاضى أبو محمد عن مالك والفسخ مطلقًا قاله سحنون وثبوت الخيار للولى قاله فى المدونة والوقف إذا أجازه الولى بالقرب قاله فى المدونة أيضًا وقال أيضًا ما فسخه بالبين ولكنه أحب إلى وقال إسماعيل يشبه أن يكون الدخول فوتا وحاصل مذهب ابن القاسم أنه إن طال قبل البناء لم يكن بد من فسخه وإن طال بعد البناء لم يكن بد من إجازته وإنما يخير الولى بالقرب وإذا غاب الأب عن ابنته البكر وكان موضعه قريبا كالعشرة أيام ونحوها لم تزوج فإن تزوجت فسخ أبدا سواء زوجها الولى أو السلطان زاد فى المتيطية عن ابن القاسم وإن ولدت الأولاد وأجازه الأب وإن كان بعيدا كإفريقية من مصر وقد دعت إلى النكاح فإن لم يخف عليها وكانت نفقتها جارية عليها فأربعة فى المدونة تزوج وإن لم يستوطن وقيل لا حتى يستوطن وقال ابن حبيب وتطول إقامته كالعشرين سنة والثلاثين حيث يؤيس من رجعته وقال ابن وهب لا تزوج بحال وإن خيف عليها الفساد أو قطع نفقته عليها زوجت وإن لم تبلغ للاختلاف

وتولى ذلك السلطان على المشهور. وقال ابن وهب للولى أن يزوجها برضاها وإن كان أسيرًا أو فقيدا زوجت على المشهور. وقال أصبغ لا تزوج بحال وقيل تزوج بعد أربع سنين من يوم فقد وإن كان غير الأب كتب إليه الإمام فيما قرب وزوجها الحاكم إن كان بعيدا والولى ممنوع من عضل وليته إذا دعت إلى كفء معين فإن عضلها أمر فإن لم يفعل زوجها الحاكم ولا يكون الأب عاضلا فى ابنته البكر برد خاطب أو خاطبين حتى يتبين فإن ثبت عند الحاكم أنه عضلها ورد عنها غير واحد من الأكفاء وأن الذى خطبها كفؤ لها فى حاله وماله وإن ما بذله لها صداق مثلها وأنها راغبة فى نكاحه أعلم أباها بما ثبت عنده من ذلك فإن أقر به أمره بإنكاحها وإن تمادى على عضلها وعظه فإن تمادى قدم من يعقد نكاحها بعد الاستيمار والمعتبر فى الكفاءة عند ابن القاسم الحال والمآل حكاه فى المتيطية قال وبه الحكم وروى أصبغ عن ابن القاسم المرأة إذا دعت أن تتزوج من رجل وأبى عليها وليها أمره السلطان بتزويجها إذا كان كفئًا لها فى القدر والحال والمآل قال عبد الملك وعلى هذا أجمع أصحاب مالك لا أعلمهم اختلفوا فيه والكفاءة حق لها وللأولياء فإن تركوها جاز إلاَّ الإسلام ولابن العم والوصى والمعتق والحاكم ووكيلهم أن يزوج من يلى عليها من نفسه إذا أذنت له على التعيين ويتولى طرفى العقد وقال المغيرة بل يوكل من يزوجها منه وإذا باشرت المرأة العقد أو عقده عبد أو ذمى أو صبى أو امرأة فسخ ولو بعد الطول والولادة وفى فسخه بطلاق أو بغير طلاق روايتان لابن القاسم وابن نافع ولها الصداق بالدخول قال أصبغ ولا ميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق لضعف الخلاف فيه.

• الزوجة:

والمانع من التزويج ضربان: ضرب يحرم على التأبيد وضرب يحرم فى حال دون حال:

الضرب الأول: خمسة وهى:

الأول: السبع فى قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء:٢٣]، وهى أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا.

الثانى: الرضاع: ويحرم منه ما يحرم من النسب.

الثالث: الصهر: والحاصل إما العقد وحده أو الوطء وحده أو هما جميعًا أما العقد فإن كان صحيحًا فيحرم أمهات الزوجة من جانبى النسب والرضاع وحلائل الأبناء وإن سفلوا وحلائل الآباء وإن علوا من الجانبين وإن كان فاسدًا مجمعًا على فساده لم يحرم وإن كان مختلفا فيه حرم على المشهور وأما الوطء فإن كان حلالا كملك اليمين حرم وإن كان بزنا فقال فى الموطأ لا يحرم وقال فى المدونة يفارقها فقيل وجوبًا وقيل استحبابًا وإن كان باشتباه حرم على المشهور واختار المازرى خلافه وألف فيها: «كشف الغطا عن لمس الخطا» وإن كان بإكراه جرى على الخلاف هل هو زنى ويحد أو معذور وإن اجتمعا حرم البنت وسائر ما ذكرناه ويندرج فى البنت بنت الابن وبنت البنت وإن سفلتا من الجانبين ومقدمات الوطء ملحقة به إن كانت لذة وإن كان لمس بغير لذة لم يحرم.

الرابع: اللعان: والملاعنة تحرم على التأبيد وإن أكذب الملاعن نفسه.

الخامس: النكاح فى العدة: والتصريح بخطبة المعتدة حرام فإن صرح ثم عقد بعد العدة فالمشهور يفارقها استحبابا وعن ابن القاسم يفسخ بقضاء وعنه يفسخ بغير قضاء ثم الحاصل فى العدة إما العقد وحده أو الوطء وحده أو هما جميعًا.

وموجبات العدة ثلاثة:

الأول: النكاح وشبهة النكاح: فإن حصل فيها العقد وحده فسخ وفى التحريم روايتان وإن حصل الوطء وحده مثل أن يشترى معتدة فيطأها فتحرم على قول مالك وفى رواية لا تحرم وإن اجتمعا حرمت أبدا على المشهور ولها المسمى ويرجع به على الولى الغار فإن كانت هى الغارة ترك لها ربع دينار.

الثانى: وطء الملك أو شبهة الملك: كأم الولد يموت سيدها أو يعتقها أو تكون مستبرأة عن بيع أو هبة أو عتق فإن وطئت بنكاح ففى تأبيد التحريم قولان وإن وطئت بملك لم يتأبد التحريم.

الثالث الزنى والاشتباه: فإن وطئت بملك أو بشبهة ملك لم يتأبد تحريمها وإن وطئت بنكاح ففى تأبيد التحريم قولان لمالك وابن القاسم.

الضرب الثانى: عشرة أنواع:

الأول: المرض: وهو مانع من أحد الجانبين فإن كان مخوفا وأشرف صاحبه على

الموت لم يجز وإن كان غير مخوف أو مخوفا متطاولا كالسل والجذام وتزوج فى أوله جاز وإن كان مخوفا غير متطاول ولم يشرف صاحبها على الموت فالمشهور المنع وعلى المشهور ففى فسخه بطلاق روايتان ولا صداق لها إن لم يدخل وإن دخل وكانت هى المريضة فلها المسمى وإن كان هو المريض فخمسة قال ابن القاسم لها صداق المثل فى الثلث مبدأ وقال ابن الماجشون المسمى فى الثلث وقال أصبغ صداق المثل فى الثلث مبدأ والباقى من الثلث غير مبدأ وقيل الأقل من صداق المثل والمسمى من رأس المال وما زاد فمن الثلث .وقال ابن القابسى لها ربع دينار من رأس المال وإن تراخى الفسخ حتى صح المريض منهما صح وقد قال مالك أولاً يفسخ، ثم قال يصح.

القسم الثانى: الإحرام: ولا يحل لمحرم ولا محرمة بحج أو عمرة نكاح أو إنكاح حتى يطوف طواف الإفاضة ويصلى ركعتيه بخلاف الرجعة فإن عقد فسخ أبدا وإن ولدت الأولاد وفى تأبيد التحريم روايتان.

الثالث: الردة: ونكاح المرتد منهما غير جائز ويفسخ وإن رجع إلى الإسلام وقال ابن الماجشون يثبت إن رجع إلى الإسلام ولا صداق لها إن مس فإن رجع إلى الإسلام فلها ما أصدقها.

الرابع: ذات الزوج غير المسبية: ابن القاسم، والسبى يهدم النكاح زاد أشهب سبيا معا أو مفترقين، وقال ابن القاسم أيضًا: إذا سبيت ثم قدم زوجها بأمان لم يكن أحق بها.

الخامس: الكفر: ولا يجوز وطء الوثنيات بنكاح ولا ملك ويجوز وطء الكتابيات الحرائر بالنكاح وبالملك ويجوز وطء إيمائهن بالملك لا بالنكاح وفى وطء المجوسيات خلاف فمنعه مالك وابن القاسم مطلقا وأجازه أبو ثور مطلقا وأجازه بعض المدنيين بالملك لا بالنكاح.

السادس: الرق: فلا يجوز للرجل أن يتزوج أمته ولا المرأة عبدها ومتى ملك زوجه أو بعضها فسخ نكاحه بغير طلاق ويسقط عن صداقها إن كان لم يبن بها ويرده السيد إن كان قبضه ولو بنى كان صداقها للبائع إلا أن يشترط ولو أراد أن يتزوج أمة لغيره فإن كان ولده منها يعتق على السيد كأمة ابنه جاز مطلقا وكذلك

إن كان لا يولد له أو كان عبدا وإلا فلا يجوز له ذلك على الرواية المشهورة إلا إذا لم يجد طولا وخاف العنت وكانت مسلمة، والطول ما يتزوج به حرة وقيل أو يشترى به أمة فإن وجد صداق حرة لكنه لا يقدر على نفقتها فقال أصبغ لا يتزوج أمة وقال مالك له أن يتزوجها ولم ير فى المدونة وجود الحرة تحته طولا ورآه فى الموازية طولا والمعروف أن وجود الأمة عنده ليس بطول وقيل طول ولو خاف العنت فى أمة بعينها وهو واجد للطول ففى إباحتها قولان.

السابع: المستوفاة طلاقا: وإذا طلق الحر امرأته ثلاثا أو العبد طلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا لازما ويطأها وهو بالغ بذكر منتشر وطئًا مباحا فلا تحل بوطء الملك ولا بنكاح فاسد كوطء المحلل ويفسخ أبدا ويؤدب أدبا موجعا وتؤدب البينة إن علمت ولو نوى الإحلال من غير شرط لم تحل عند مالك وحلت عند غير واحد من أصحابه ولا تضر نية الزوج أو المرأة وقيل إذا هم أحد الثلاثة بالتحليل فسد النكاح ولا تحل بوطء فى نكاح غير لازم كنكاح العبد المتعدى ولا بالوطء بما لا ينتشر فلو تزوجت شيخا فأدخلته بإصبعها وهو غير منتشر لم تحل قاله ابن القاسم ولو انتشر بعد ذلك حلت وقيل الانتشار ليس بشرط ولا تحل بوطئها وهى حائض خلافا لابن الماجشون وفى اشتراط العقل حين الإصابة ثلاثة: الاشتراط فى حق الزوج لأشهب وعدمه لابن الماجشون فى حقهما واشتراطه فى حق الزوجة خاصة لابن القاسم.

الثامن: الراكنة للغير: وإذا ركنت امرأة لرجل ولم يبق إلا العقد أوما قاربه أو كان ذلك مع من يملك الإجبار كالأب لم يجز لأحد أن يخطبها وإن لم يتفقا على صداق معلوم وقال ابن نافع له ذلك إن لم يتفقا عليه. ابن القاسم وذلك فى المتقاربين فأما فاسق وصالح فلا فإن تجرأ وعقد فثلاث روايات الثالثة يفسخ قبل خاصة.

التاسع: اليتيمة غير البالغ: وفى جواز إنكاحها ثلاث روايات الثالثة إن دعتها ضرورة ومستها حاجة ومثلها يوطأ ولها فى النكاح مصلحة زوجت ورواية المنع أصح وإليها رجع مالك وإذا فرعنا عليها فزوجت فسخ وإن بلغت ما لم يدخل وقيل ينظر فيه الحاكم فإن رآه مصلحة صوابًا أمضاه وقيل الخيار لها إذا بلغت وفى

المتيطية يفسخ بطلاق على قول ابن القاسم وفيه الميراث فإن كانت تحت حاجة مصلحة جاز إذا رضيت وهو قول مالك فى الموازية وبه جرى العمل وأما إن خيف عليها الفساد زوجت باتفاق المتأخرين.

العاشر فى المحرمة: الجمع: ولها صورتان:

الأولى: أن يجمع امرأة مع أربعة وذلك حرام إجماعا للحر والعبد، وروى أن الثالثة للعبد كالخامسة للحر.

الثانية: أن يجمع بين امرأتين بينهما من النسب والرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدر أن أحدهما ذكر واحترزنا بقيدى النسب أو الرضاع عن المرأة وأم زوجها أو ابنته فلا يجمع بين أختين ولا بين العمة وابنة الأخ فإن جمعهما فى عقد فسخ أبدا ثم نكح أيتهما شاء بعد الاستبراء إن دخل ولهما المسمى وإن تزوج واحدة بعد واحدة فسخ نكاح الآخرة بغير طلاق ولها المسمى بالدخول أو صداق المثل إن لم يسم فإن جهل التاريخ صدق فى التى يقول إنها الأولى وفارق الأخرى بغير طلاق ولا صداق لها قاله أشهب، قال محمد إلا أنه يحلف لادعائه سقوط المهر ويفسخ حينئذ بطلاق.

• الصداق:

وينحصر الكلام فيه فى عشرة فصول:

الأول: فيما يصح أن يكون صداقا:

وكل ما يصح تملكه صح أن يكون صداقا بثمانية شروط:

الأول: أن يكون نصابا وهو ربع دينار ذهبا صافيا أو ثلاثة دراهم كيلا فضة خالصة أو عرضا يساوى أحدهما وقال ابن شعبان: لا يقوم العرض إلا بالدراهم وذلك كله بالوزن الأول فلو تزوجها بدرهمين فقال ابن وهب لا يفسخ بناء على مذهبه فى عدم اشتراط النصاب وقال ابن الماجشون يفسخ وإن دخل وإن أتم ربع دينار وقال ابن القاسم إن لم يدخل أكمل ثلاثة دراهم وإلا فسخ وإن دخل أتمه جبرا وإن فارقها قبل البناء فلها نصف الدرهمين وقال ابن حبيب لا شىء لها

الثانى: أن لا يتضمن إثباته رفعه فلو زوج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقها فسد.

الثالث: أن يكون مملوكا للزوج على خلاف فيه وقد قال فى العتبية فيمن تزوج بحرام أخاف أن يضارع الزنى قال إى والله ولكن لا أقوله وقال ابن القاسم فيمن غصب مالا فتزوج به فإن النكاح ثابت وإن تعمد وعليه غرم المثل والقيمة فى غيره وقال ابن الماجشون يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ابن بشير إن كانت المرأة عالمة بالغصب فقالوا النكاح فاسد وإن لم تعلم فالمشهور الجواز.

الرابع: أن لا يكون منفعة بضع وهو الشغار المنهى عنه وهو مثل أن يقول زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى ولا صداق بينهما وذلك باطل لأن كل واحد جعل بضع ابنته صداقا لابنة صاحبه ويفسخ أبدًا على المشهور، وإن ولدت الأولاد بطلاق ويتوارثان قبل الفسخ وروى ابن زياد أنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل ولو سمى مع ذلك صداقًا فهو وجه الشغار يفسخ قبل ويثبت بعده بالأكثر ولو سمى لإحداهما فسخ نكاح التى سمى لها قبل البناء وفسخ نكاح التى لم يسم لها أبدًا وعلى المشهور ولو كانت المنفعة منفعة عين مثل سكنى هذه الدار مدة معلومة وقيمتها ربع دينار فأكثر فينبغى أن يجوز واختلف إذا كانت المنفعة من الزوج مثل أن يخدمها مدة معولمة أو يعلمها قرآنا على ثلاثة أقوال بالجواز والمنع والكراهة لأصبغ ومالك وابن القاسم وذلك مبنى على أن شرع من قبلنا هل هو شرع لنا أم لا.

الخامس: أن يكون خليا عن الغرر الكثير كآبق وشارد وأما اليسير فيجوز على المشهور كشوار بيت ولها المعروف من شوار مثلها.

السادس: أن لا يقترن به بيع فلو أصدقها عبدا يساوى ألفين على أن تعطيه ألفا منعه فى المدونة وأجازه أشهب. وقال ابن الماجشون إن بقى بعد ثمن المبيع ربع دينار بأمر لا شك فيه جاز وقال أيضا فيه بالكراهة فإن وقع وكان الثمن كثيرًا فيه فضل بين مضى وفى المبسوط يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل.

السابع: أن يكون حالا أو إلى أجل معلوم غير بعيد جدا كالخمسين والستين واختلف فيما زاد على الأربعة بالجواز والكراهة من غير فسخ واختلف فيما زاد على العشرين بالفسخ وعدمه ولو كان الأجل غير معلوم مثل أن يكون إلى موت أو فراق فسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل نقدا كله.

الثامن: أن لا يقترن به شرط مفسد وما فسد النكاح لأجله من الشروط فسد الصداق تبعا له وكذلك إذا كان الشرط مناقضا لمقتضى العقد مثل أن يشرط أنه لا يقسم لها فإن وقع فسخ قبل وفى فسخه بعد خلاف وفسد الصداق ولو تزوج أمة على أن ما تلده حر فقال مالك يفسخ قبل وبعد ولها المسمى وقيل صداق المثل ثم إن ولدت فالولد حر وولاؤه لسيده ولا قيمة فيه على أبيه.

الثانى: فى حكم التسليم:

وإذا كان الصداق معينا وجب تسليمه بنفس العقد وإن كان مضمونا وطولب به بعد الدخرل وكان حالا أو قد حل فلها أخذه إن كانت رشيدة وإن كانت محجورة ذات وصى فروى المتقدمون أن ذلك للوصى وقال المتأخرون ليس له ذلك للعادة بتأخيره إلا أن يثبت الحاجة إليه وأنه من حسن النظر فإن طولب به قبل الدخول وكان حالا أو قد حل وجب تسليمه وقال سحنون لا يجب إلا بعد الدخول وفيه نظر وللمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض صداقها ولها أيضا منعه من الوطء بعده ومن السفر معه حتى تقبض ما حل منه فإن أمكنته من نفسها لم تبق لها إلا المطالبة ثم إذا سلم الصداق وطلب الدخول لزمها ذلك وتمهل ريثما تهيئ أمورها بالعادة فى ذلك.

الثالث: فى مصرف النقد:

وإذا قبضت الحرة صداقها وكان عينا وقبضته بعد البناء فهو كمالها وإن قبضته أو قبضه وليها قبل البناء فمن حق الزوج أن يصرفه فى جهازها المعلوم بالعادة وهو المشهور وللزوج أن يمتهن الجهاز معها ابن زرب ولو أرادت بيع ما أقامته بنقدها لم يكن لها ذلك إلاَّ بعد مدة يرى أن الزوج قد انتفع به فيها ولم ير السنة طولا.

الرابع: فى الحمل والحمالة فى الصداق:

وإذا ضمن أحد الصداق فصرح بالحمل أو بالحمالة عمل بمقتضاه وإن أبهم ثم قال أردت الحمالة أو قال ذلك ورثته فقال ابن الماجشون هو على الحمل قال فضل وهو مذهب ابن القاسم وعن ابن القاسم أنه على الحمالة والأول أصح. وإذا كتب الأب الصداق على ابنه الصغير وهو ملى فالصداق على الابن وإن كان عديما فالمشهور أنه على الأب وفى المتيطية عن ابن القاسم إن كتبه على الابن فرضى الزوج فهو على الابن كما لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه قال وبه جرى

العمل ولو عقد على ابنه البالغ الراشد وسمى الصداق عليه فهو عليه وإن سماه على الابن أو سكت فهو على الابن.

تنبيه: ما كان على الحمل فلا رجوع للحامل به لأنه بمعنى الصلة بخلاف الحمالة فإن مات الحامل قبل دفعه وقد كان تحمل به فى نفس العقد وقبل استقراره فى ذمة الزوج أخذ من رأس ماله ولا يحاسب به الزوج من ميراثه إن كان وارثا ويحاص به الغرماء فإن لم يترك شيئًا فلا حق لها على الزوج إلاَّ أن يكون لم يدخل بها فلها منع نفسها حتى تقبض صداقها قاله مالك وابن القاسم وإن كان تحمل به بعد استقراره فى ذمة الزوج ففى بطلانه قولان لابن القاسم وأشهب.

الخامس: فى حكم الضمان:

وإذا كان الصداق معينا وتلف بيد الزوج فإن كان فيه حق توفية فضمانه منه وإن لم يكن فيه حق توفية فأما العقار والحيوان فضمانه منها وأما العروض فضمانها منه إلاَّ أن تقوم بينة على الضياع وإن تلف ذلك بيدها ثم طلقها قبل البناء فالقول قولها فيما لا يغاب عليه وتحلف وأما ما يغاب عليه فلا براءة لها من نصفه إلاَّ أن تقوم لها بينة وقال أصبغ تضمن العين وإن قامت لها البينة بخلاف العرض وإذا قبض أبو الثيب صداقها بغير وكالة ضمنه ولو قبضه بوكالة أو قبضه لابنته البكر بالمعاينة برئ الزوج وكذلك الوصى وإن قبضه بغير معاينة فقال ابن القاسم الأب مصدق والضياع من الابنة وبه الحكم وقال مالك على الزوج دفعه ثانية ولا شىء على الأب.

السادس: فى الاستحقاق والعيب:

وإذا استحق الصداق أو وجد به عيب رجعت بالمثل فى المثلى وبالقيمة فى غيره على المشهور.

السابع: فى التقرير وحكم الخلوة والتشطير:

والصداق يتقرر ملك المرأة عليه بالموت وبالإصابة فى المحل المخصوص بالآلة المخصوصة وفى تقريره بالإصابة فى الدبر أو بافتضاضها بإصبعه قولان وإذا قلنا لا يتقرر بالإصبع فعليه فى البكر ما شانها ولا شىء عليه للثيب. وفى تقريره بمجرد العقد ثلاثة قيل يتقرر نصفه وقيل جميعه والطلاق يشطره والمشهور أنه لا يتقرر منه شىء وإذا دخل وكان قادرا على افتضاضها وتركه اختيارا فظاهر المذهب أنه لا

يتقرر وإنما لها النصف إن طلق وإن لم يكن قادرا لمانع كالمعترض ولم يطل مقامه معها فليس لها إلاَّ النصف على المشهور وإن طال فقال فى المدونة يكمل لتلذذه بها وأخلاقه شورتها وعن مالك لا يكمل قال ابن القصار هذه الرواية هى المعمول بها وإذا قلنا بالأولى فما حد الطول قال فى المدونة العام وقيل العرف وأما المجبوب والخصى المقطوع الذكر والعنين فيكمل لأنه قدرتهم من المسيس. وأما مجرد الخلوة فلا يقرر شيئًا فإن ادعت الوطء وكانت خلوة بناء فالقول قولها على المشهور بكرا كانت أو ثيبا قيل ينظر النساء البكر وإن كانت خلوة زيارة فأربعة يفرق فى الثالث فيكون القول قول الثيب وينظر النساء البكر والرابع القول قول الزائر منهما وهو المشهور.

الثامن: فى التفويض والتحكيم:

والتفويض جائز وهو إخلاء العقد من تسمية المهر والمفوضة تستحق مهر المثل بالفرض وبالوطء لا بالعقد على المشهور وقيل وبالعقد وعلى المشهور إن طلقها أو مات عنها قبل الفرض فلا شيء لها ولها الميراث والحرة لها منع نفسها من الدخول حتى يفرض لها، قال اللخمى: وتقبضه إلا أن تكون العادة أنه مقدم ومؤخر فلا تمتنع إذا فرض صداق المثل وعجل النقد المعتاد ولو رضيت بالدخول قبل الفرض جاز وقدم لها ربع دينار، وإذا فرض لها صداق المثل لزمها ولا يلزمه وإن فرض أقل قبل البناء ورضيت به الرشيدة أو أبو البكر مضى. وأما ذات الوصى فالمشهور يعتبر رضاهما معا إذا كان نظرا ولو كانت سفيهة لا ولاية عليها فقال ابن القاسم لا يجوز رضاها بذلك وقيل يجوز وطرحه سحنون وإن طرح لها بعد البناء ففى رضى الولى بذلك ثلاثة الجواز أبا كان أو وصيا قال ابن القاسم يريد إذا خاف أن يفارقها ويرى أن مثله رغبة لها والمنع والجواز للأب دون الوصى قاله مالك فى المدونة.

والتحكيم: فى معنى التفويض مثل أن يقول تزوجتك على حكمى أو حكمك أو حكم فلان وبجوازه قال مالك وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ثم إن وقع الرضى بالحكم وإلا فسخ ولو فرض الزوج صداق المثل لزم كالتفويض.

التاسع: فى الزيادة فى الصداق:

وإذا زاد الرجل امرأته فى صداقها بعد العقد طوعًا صح لها جميعها بالدخول ونصفها بالطلاق فإن مات قبل أن تقبضها بطلت وقال الأبهرى القياس أن تجب لها بالموت.

العاشر: فى صداق السر ورجوع النقد إلى يد الزوج وما تعطيه المرأة للزوج ليزيده فى صداقها:

وإذا عقدا على صداق وأعلنا غيره فالصداق ما فى السر أو لا يضر شاهدى السر وقوع شهادتهما فيما أعلناه فإن ادعت المرأة أو أبواها أنهما انتقلا لما فى العلانية فالقول قول الزوج مع يمينه ولو تزوجها بثلاثين دينارًا عشرة نقدا وعشرة إلى أجل وسكتا عن العشرة الثالثة فالعشرة الثالثة ساقطة ولو كان فى البيع لكانت حمالة وإذا قبض النقد من يجوز له قبضه ثم أعاده على الزوج بعد غيبته عليه فقال أبو عمران ذلك نكاح وسلف يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل لأن فساده فى صداقه. وإذا بعثت البكر بغير علم الأب للزوج دراهم ليزيدها فى صداقها وجب عليه رد ما أخذ ولم يحط عنه من الصداق شيء كالعبد يعطى مالا لمن يشتريه وإلى هذا رجع ابن القاسم بعد أن قال إذا لم يبن فإن أتم الصداق وإلا فسخ وإن بنى فعليه صداق المثل والثيب والسفيهة كالبكر ولا مقال له إن كان عالمًا بسفهها فإن لم يكن عالمًا حلف أنه لم يرض بتلك التسمية إلا لما وصله منها ثم يكون الأب بالخيار فى إمضاء النكاح بما دفعه من ماله أو يفارق ولا شيء عليه وإن علم بذلك بعد البناء حلف وأعطاها صداق المثل ما لم يكن أقل مما دفعه من ماله أو أكثر من الجميع ولو كانت رشيدة مضى إن زاد من عنده ربع دينار.

اللواحق

ينحصر الكلام فيها فى ثمانية فصول:

الأول: فى الاختلاف فى الصداق:

واختلافهما فيه ينحصر فى خمسة فى قدره وجنسه وفى دفعه وفى التعويض

وفى التسمية وفى الصحة والفساد. وإذا اختلفا فى قدره قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا وبدأت المرأة باليمين أو المتولى لعقد نكاحها إن كانت محجورة على المشهور وروى يبدأ الزوج واختار اللخمى أن يقترعا فإذا حلفت خير الزوج فى الحلف أو الرجوع إلى قولها ويفسخ النكاح بتحالفهما كالنكاح عند سحنون وقال القاضيان أبو الحسن وأبو محمد لكل واحد منهما الرجوع إلى قول صاحبه وبه العمل وإلا فسخ بغير طلاق وقيل بطلاق وفى مراعاة الأشبه روايتان وإن اختلفا بعد الطلاق وقبل البناء أو بعده فالقول قول الزوج وهو المشهور وإن اختلفا فى جنسه مثل أن يقول تزوجت بهذا الثوب وتقول هى بل بهذا العبد فإن كان قبل البناء تحالفا وتفاسخا وإن كان بعده فثلاثة يتحالفان ولها صداق المثل ما لم يكن أكثر من قيمة العبد إن كان أو أقل من قيمة الثوب والقول قول الزوج قاله ابن القصار والقول قوله إن ادعى ما يشبه أن يكون صداقا وإلاَّ فقولها إن ادعت ما يشبه وكانت قيمة ذلك ما تزوج به فأقل فإن ادعى كل واحد منهما ما يشبه فالقول قول الزوج وإن ادعيا ما لا يشبه تحالفا وتفاسخا ولها صداق المثل وإن اختلفا فى دفعه قبل البناء وادعى دفعه إليها وهى رشيدة حلفت وأخذت وإن كانت محجورة وادعى الدفع إلى أبيها أو وكيلها أو وصيها حلف ولزمه الدفع وإن نكل حلف الزوج وبرئ ولزم الأب أو الوصى دفعه لها ولو كان الناكل هو الولى دفعه الزوج لها ورجع به على الولى وإن كان بعد البناء والمرأة سفيهة لم يقبل قوله ولا يمين عليها وإن كانت رشيدة وادعى الدفع إليها فالقول قوله مع يمينه على المشهور للعرف. قال القاضى إسماعيل إنما قال مالك ذلك بالمدينة للعرف لأن عادتهم دفع الصداق قبل البناء فأما فى سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قال القاضى أبو محمد إلاَّ أن يكون عرفهم كعرف المدينة وإن اختلفا فى التفويض والتسمية فالقول قول مدعى التفويض وحمل اللخمى قول مالك على قوم عادتهم عقد النكاح على التفويض والتسمية قال ولو كانت عادة قوم التسمية خاصة فالقول قول مدعى التسمية وإن ادعى الزوج الفساد وادعت هى الصحة قبل البناء فرق بينهما لإقراره وتحلف هى وتأخذ نصف الصداق ولو كانت هى المدعية للفساد لم تصدق لأنها متهمة على الفراق.

الثانى: فى الاختلاف فى متاع البيت:

وإذا اختلفا فى متاع البيت فما كان معروفًا بالنساء فهو للمرأة وما كان معروفًا بالرجال فهو للرجل ومن قضى له بشىء فهل عليه يمين أم لا قولان لابن حبيب وسحنون ومن أقام بينة أنه اشتراها يعرف لصاحبه فهو له بعد يمينه أنه إنما اشتراه لنفسه وما كان معروفا بالنساء والرجال فهو للرجل لأن البيت بيته وبه القضاء.

الثالث: فيما يفسخ قبل وبعد وما يفسخ قبل خاصة:

اعلم أن كل نكاح مجمع على فساده فإنه يفسخ قبل البناء وبعده وما اختلف فيه فإن كان الخلاف لخلل فى عقده كنكاح المريض والمحرم وشبه ذلك فإنه يفسخ قبل وفى فسخه بعد خلاف وإن كان لخلل فى صداقه فالمشهور أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل.

الرابع: فيما يفسخ بطلاق وبغيره:

ما كان من الأنكحة للولى أو لأحد الزوجين أو غيرهما إمضاؤه وفسخه فإنه يفسخ بطلاق قال فى المدونة والطلقة بائنة قال ابن القاسم ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ وما كان مغلوبين على الفراق وكان مما يفسخ قبل وبعد فيفسخ بغير طلاق وهذا أول أقوال ابن القاسم وعليه أكثر الرواة وآخر قوليه لرواية بلغت عن مالك: أن كل ما نص الله تعالى على تحريمه فى كتاب أو سنة لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ولا يقع فيه طلاق ولا موارثة كنكاح الخامسة والأخت من الرضاع وما اختلف فيه يفسخ بطلاق كنكاح المرأة نفسها والأمة بغير إذن سيدها.

الخامس: فى القسم والنشوز:

والقسم بين الزوجات دون السريات واجب مع الإمكان ويقسم بالسواء على الرواية المشهورة وفى رواية ابن الماجشون للحرة الثلثان وللأمة الزوجة الثلث ويعدل بينهن فى المبيت ولا تجب المساواة فى الجماع ما لم يترك وطء هذه لتوفر لذته فى الأخرى ولا تجب المساواة أيضًا فى النفقة والكسوة ويسقط عنه الوجوب فى المرض والسفر وتجدد النكاح وعليه يبيت عند البكر سبعًا والثيب ثلاثا ثم يستأنف القسم وإذا نشزت المرأة وعظها فإن قبلت وإلا هجرها فإن قبلت وإلا ضربها ضربا غير مخوف فإن ظن أنه لا يفيد لم يجز ضربها أصلا.

السادس: فى الوليمة:

وهى طعام العرس وهى مندوب إليها وتجب إذا شرطت وإن لم تشترط وجرى بها العرف ففى القضاء بها خلاف قال ابن سهل والصواب أن يقضى بها عملا بقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة» مع اتصال العمل به عند الخاصة والعامة ومحله بعد البناء وقبله واسع والإجابة مستحبة وقيل واجبة بشرط أن يدعى معينا ولايكون هناك منكر ولا أرذال ولا فرش حرير ولا زحام ولا إغلاق باب دونه ولا صورة ولا بأس بصور الأشجار ولايترك الدعوة لصوم بل يحضر ويمسك ووجوب أكل المفطر محتمل.

السابع: فى الهدية وأجرة الخلوة:

وقد أفتى ابن عتاب فيما يهديه الأزواج قبل البناء فإنه يقضى بذلك على الزوج على قدره وقدرها وقدر صداقها وأفتى فى أجرة الخلوة والعرس بعدم القضاء وإنما يؤمر ولا يجبر وفيما قاله نظر لأنه إن اعتبر العرف فينبغى أن يحمل عليه وإن اعتبر المكارمة فينبغى أن لا يقضى عليه بالهدية.

الثامن: فى أسباب الخيار:

وهى وجود: العيب والغرر والعتق.

العيب: وهو إما بالرجل أو بالمرأة فإن كان بالرجل فللمرأة رده بأحد العيوب الأربعة: وهى الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. والجنون هو الصرع والوسواس المذهب للعقل وترده بما قل منه. وكذلك الجذام والبرص يرد بما قل أو كثر وروى أشهب إنما لا ترده بالبرص وإن غرها والأول أصح ولعله أراد فى رواية أشهب بالبرص الوضح أو البرص غير الطيار بخلاف الطيار ولون الوضح كلون البرص والفرق بينهما أن الوضح إذا غرز لا بد يخرج منه ماء معلوم والبرص إذا غرز يخرج منه ماء أبيض وجلد الوضح مساو للجسد وجلد البرص متميز والشعر النابت على الوضح أسود وأصفر وعلى البرص أبيض لا غير ومن البرص ما يكون أسود وهو ردىء جدا لأنه من مقدمات الجذام. وداء الفرج الجب والخصا والعنة والاعتراض والمجبوب المقطوع ذكره وأنثياه والخصى المقطوع أحدهما والعنين ذو ذكر صغير لا يتأتى به وطء والمعترض بصفة المتمكن ولا يقدر وهذه الأربعة إن

وجدت قبل العقد فلها الرد وإن حدثت بعده فأربعة يفرق فى الثالث فلا ترد بالبرص وترد بغيره والرابع التفرقة فى البرص بين كثيره ويسيره وإذا قامت المرأة بالرد فلها ذلك ما لم ترض به إلاَّ فى عيب الاعتراض فلها القيام به لأنها تقول رجوت علاجه ويطلق على الخصى والعنين بغير أجل. وأما الجنون والجذام والاعتراض فلا يطلق عليهم إلاَّ بعد الأجل وهو سنة للحر ونصفها للعبد وبه الحكم ولا يمنع المعترض من البقاء بخلاف المجنون يخشى منه وبخلاف الأجذم والأبرص إذا كانت الرائحة تؤذيها فإذا انقضى الأجل والعيب باق أمره الحاكم بالفراق فإن أبى فارقها عليه بطلقة بائنة وعن ابن القاسم لها أن توقعه من غير أمر الحاكم وإن كان بالمرأة وقد اشترط السلامة فله ردها من كل عيب إلاَّ ما حدث بعد العقد وجعل ابن أبى زيد قول الموثق سليمة البدن كالشرط بخلاف قوله صحيحة البدن وإن لم يشترط وجب الرد من العيوب الأربعة وفى غيرها خلاف. وداء الفرج منه ما يمنع الوطء كالقرن والرتق. ومنها ما يمنع لذة كالعفل والنتن والاستحاضة والإفضاء وحرق النار وفى ردها بالبرص غير الطيار خلاف وترد من داء الفرج مطلقًا. وقال ابن حبيب لا ترد باليسير إلاَّ أن يمنع اللذة وما حدث من هذه العيوب بعد العقد فلا رد له به وإذا قام بالرد فله ذلك ما لم يرض بقول أو تلذذ أو علم به قبل العقد أو سكت عن القيام بعد العلم وإذا أنكرت عيب الفرج فقال ابن القاسم هى مصدقة ولا ينظر إليها النساء. وروى ابن زياد ينظر إليها النساء. وقال سحنون ثم إذا ثبت العيب بالبينة أو بإقرارهما ضرب لها أجل لمعاناة نفسها فيضرب للجذام والبرص والجنون ولداء الفرج بقدر الاجتهاد فإذا انقضى الأجل وأقرت ببقاء العيب فله الرد ويسقط عنه الصداق قبل البناء وبعده إن كانت هى الغارة ويترك لها ربع دينار وإن كان الولى هو الغار دفع لها صداقها إن بنى عليها ورجع به على الولى ومحمل الابن والأب والأخ على أنه عالم بعيبها ومحمل العم وابنه على عدم العلم ولو وقع الغرر منها ومن الولى رجع عليها ولا رجوع لها على الولى.

الغرر: مثل أن يتزوج حرة فيجدها أمة أو مسلمة فيجدها كافرة أو تتزوجه على أنه حر فتجده عبدًا أو تتزوج نصرانية رجلا على أنه نصرانى فتجده مسلما والخيار

ثابت للمغرور منهما قال ابن شهاب وإذا غر العبد أو المكاتب بالحرية جلد نكالا وولد العبد رقيق لسيد الأم وولد الحر حر وعليه قيمته للسيد وقال مطرف فيمن باع أم ولده فولدت من المشترى لا شيء للبائع من قيمة الولد لأنه أباح له فرجها بالبيع. وقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد. واختار اللخمى لا شيء للسيد المزوج ولا للبائع لأجل التسليط.

العتق: وإذا عتقت الأمة وهى تحت عبد فهى بالخيار إن عتق جميعها بتلا ولو عتق بعضها بتلا أو جميعها إلى أجل أو دبرت أو كوتبت أو صارت أم ولد فلا خيار لها ومحمل الخيار على طلقة بائنة على المشهور وفى مختصر ما ليس فى المختصر: إن عتق فى عدتها فله الرجعة ولو أرادت إيقاع البتات فلها ذلك لحديث زبرا قاله مالك ولها الصداق بالبناء أقامت أو فارقت ويتبعها كمالها ما لم يقبضه السيد أو يشترطه وإن اختارت قبل البناء فلا صداق لها ويرده السيد إن قبضه فإن كان عديما ففى سقوط خيارها قولان. أما السقوط فلأن ثبوته يردها إلى الرق فبقاؤها حرة تحت عبد أولى وعلى الثبوت فهل تباع فيه أو لا تباع لأنه دين طرأ بعد العتق قولان ولو أمكنته من الوطء وهى عالمة بالعتق والحكم سقط خيارها وإن جهلت لم يسقط ولو جهلت الحكم سقط على المشهور قال ابن القصار إنما قال مالك ذلك بالمدونة حيث اشتهر ولم يخف عن أمة وأما اليوم فيقبل قولها ولو قالت لم أعلم بالعتق صدقت بغير يمين قاله محمد.

* * *

كتاب الطلاق

وهو ضربان: بعوض من الزوجة أو غيرها ويسمى خلعا، وخالى عن العوض.

الضرب الأول:

حقيقته: لغة: النزع والقلع تقول خلعت الباب إذا قلعتها من محلها. وشرعًا: خلع العصمة بالطلاق على عوض.

حكمه: البينونة. ولو شرطت وقوعه رجعيًا على المشهور وروى أنه رجعى لمكان الشرط وبه أخذ سحنون.

حكمة مشروعيته: التوسعة على الزوجين والرفق بهما لما عسى أن يلحقهما من الضرر بطول الإقامة.

أركانها: خمسة: الموجب والقابل والعوض والمعوض والصيغة.

الموجب: يشترط فيه أن يكون مسلما بالغا عاقلا طائعا فلا ينفذ من الكافر ولا من الصغير ولا من المجنون ولا من المكره وينفذ من السفيه ويتولى وصيه قبض العوض وللأب والوصى والحاكم أن يخالع عن الصغير بشىء يأخذه له ويسقطه عنه على وجه النظر والسيد عن عبده كذلك ولا يجوز خلع الوصى على البالغ على المشهور.

القابل: وهى المرأة الرشيدة إذا كانت صحيحة طائعة غير مديانة فإن كانت سفيهة وهى فى ولاية وقع الطلاق ورد المال وإن لم تكن فى ولاية فثلاثة عدم الإمضاء قاله أصبغ. قال ابن اللباد وهو المعروف وفى المتيطية وعليه العمل وقال ابن القاسم قد قال مالك فى الصغيرة يدخل بها يمضى بخلع المثل وإذا أجازه على الصغيرة ففى البالغ أولى، وقال سحنون فى البالغ تفتدى قبل البناء ذلك جائز وصلح المريضة يمضى إن أخذ مقدار ميراثه فأقل وإن أخذ أكثر فأربعة: الإمضاء إن حمله الثلث والإمضاء بخلع المثل والجوار مطلقًا قال ابن رشد وهو ظاهر المدونة والموازية وقال ابن نافع يمضى إن أخذ مقدار ميراثه وهو قول ابن القاسم ثم هل

يعتبر قدر ميراثه يوم الموت أو يوم الخلع قولان ثم إن قلنا يوم الخلع فيعجل له وإن قلنا يوم الموت فيوقف فإن صحت أخذه وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه وإذا خالعت لضرر وقع الطلاق ورد المال وخلع المديانة يوقف على إجازة الغرماء وقيل يجوز وخلع الأب على الصغيرة بجميع المهر جائز وكذلك البكر البالغ وفى خلع الأب عن الثيب فى حجره قولان وفى خلع الوصى عن البالغ برضاها روايتان ولم يجز فى المدونة خلعه عن غير البالغ وروى ابن نافع الجواز إذا كان نظرًا وأنكرها سحنون وأجاز له ذلك فى الثيب برضاها فى رواية ابن القاسم وروى ابن القاسم المنع ايضًا.

العوض: وكل ما صح تملكه جاز الخلع به وما ليس فليس ويقع الطلاق ولا شىء له على المنصوص وفى الخلع بالغرر ثلاثة المنع والكراهة والجواز وهو المشهور.

المعوض: وشرطه أن يكون مملوكا للزوج فلا يصح خلع البائن والمختلعة والمرتدة ويصح خلع الرجعية.

الصيغة: والألفاظ المستعملة فى ذلك الخلع والصلح والإبراء والاقتداء ابن رشد؛ الخلع بذل جميع المال على الطلاق والصلح بذل بعض والافتداء بذل جميع الحق الذى أعطاها والمباراة ترك ما لها عليه وترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق. ثم الصيغة إذا صدرت من الموجب مطلقة فلا بد من القبول فى المجلس وإن صدرت معلقة لم تفتقر إلى القبول فى المجلس فلو قال طلقتك ثلاثا على ألف فقالت قبلت واحدة على الثلاث لم يقع شىء ولو قبلت واحدة على الألف وقعت ولو قال متى أعطيتنى ألفا فأنت طالق لزمه الطلاق متى أعطته ولا يفتقر إلى قبولها وإعطائها فى المجلس وليس له رجوع إلا أن يظهر من قصده إرادة التعجيل فى المجلس.

• اللواحق:

وهى هاهنا التنازع فإذا قال طلقتك على عشرة فقالت بل مجانا فالقول قولها مع يمينها على المشهور قال ابن الماجشون يتحالفان وتعود زوجة ولو اعترف بالعوض واختلف فى جنسه أو فى قدره فالقول قولها مع يمينها.

الضرب الثانى: الطلاق على غير عوض:

حقيقته: إصدار لفظ يقتضى حل العصمة من الجانبين.

حكمه: يختلف باختلاف عدده وزمن صدوره؛ فأما عدده فالواحدة الرجعية جائزة وكذلك الخلع عند مالك وقال ابن القصار هو مكروه والطلقتان مكروهتان والثلاث حرام. وأما زمان صدوره فإن طلقها واحدة فى طهر لم يمسها فيه فهو جائز وكذلك إن كانت عدتها بالأشهر وإن طلقها فى طهر مسها فيه فهو مكروه ولا يجبر على الرجعة على الأصح وإن طلقها فى الحيض وهى مدخول بها غير حامل ولم يكن باختياره فهو حرام فإن كانت غير مدخول بها فثلاثة المنع لمالك والجواز لابن القاسم ومالك أيضًا والكراهة لأشهب ولو كانت حاملا فقال ابن شعبان ذلك جائز وأجازه القاضى أبو محمد على غير المدخول بها ولو كان باختيارها كالخلع فالمشهور المنع قيل لأنه تطويل فى العدة برضاها وقيل يجوز لضرورة الافتداء ويلزم على الأول جواز تطليقها فى الحيض برضاها وعلى الثانى أن يمنع اختلاع الأجنبى. ثم إذا أوقعه فى الحيض ابتداء أو حنثا وهو غير بائن أجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة فى قول مالك وأصحابه خلا أشهب فإنه قال إذا دخلت فى الطهر الذى يباح له فيه الطلاق ابتداء لم يجبر فإن أبى هدد ثم سجن ثم ضرب بالسوط فإن أبى رجعها الحاكم ويكون ذلك قريبا بعضه من بعض قاله أشهب وقال ابن القاسم فى العتبية إن أبى حكم عليه بالرجعة ولم يذكر سجنا ولا ضربا.

أركانه: ثلاثة: المطلق والمطلقة والصيغة:

الأول: المطلق:

يشترط فى لزوم طلاقه أربعة شروط: الإسلام والبلوغ والعقل والطوع فلا يلزم طلاق الكافر على المشهور. وقال المغيرة: يلزم ويحكم عليه به وإن أسلم احتسب به ولا ينفذ من الصبى وينفذ من البالغ السفيه وفيمن ناهز البلوغ قولان المشهور أنه لا ينفذ ولا من المجنون وينفذ من السكران المميز اتفاقا وكذلك المغمور على المشهور ونزل الباجى الخلاف على المختلط الذى معه بقية من عقله قال وأما الذى لا يعرف السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة فلا خلاف أنه كالمجنون إلا فى

قضاء الصلوات ولا ينفذ طلاق المكره خلافا لأبى حنيفة وقال بعض المتأخرين إن ترك التورية مع علمه بها واعترف أنه لم يدهش عنها لزمه الطلاق ولو كان الإكراه شرعيا مثل أن يحلف فى نصف عبده لا باعه فأعتق شريكه نصفه فقوم عليه فقال المغيرة لا يحنث وقيل يحنث إلا أن ينوى إلاَّ أن يغلب والتخويف بالسجن والضرب إكراه قال اللخمى السجن إكراه فى ذوى الأقدار دون غيره إلا أن يهدد بطول الإقامة فيه قال غيره والصفع لذى المروءة فى الملأ إكراه والتهديد بقتل الولد إكراه وبقتل الأجنبى فيه قولان وفى التخويف بالمال ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كان كثيرا فهو إكراه وإذا تكاملت الشروط فطلق وهو مريض نفذ طلاقه لكن لا يقطع ذلك ميراث زوجته وإن كان بائنًا ولو تزوجت غيره إذا كان مخوفا فإن كان غير مخوف فلا ترثه وإن كان مخوفا وطلق فى آخره أو فى أوله أو أعقبه الموت ورثته ولو طال مرضه بعد الطلاق فظاهر المذهب أنها ترثه لقوله فيها إذا تزوجت أزواجا فطلقها كل واحد فى المرض ورثت جميعهم. وقال ابن الماجشون السل والربع والطحال والبواسير ما تطاول منها يجرى بعد تطاوله مجرى الصحة فإن كان الموت قبل المطاولة ورثته وكان فعله من الثلث وإذا كان للمرأة سبب فى الطلاق كالمخيرة والمملكة والحالف فى الصحة فتحنثه فى المرض فقول ابن القاسم وجوب الميراث للجميع وكذلك المختلعة على المشهور وفى المنتقى إذا حلف بطلاقها لا دخلت هذه الدار فمرض فدخلتها قاصدة لطلاقه فالمشهور من مذهب الأصحاب أنها ترثه وروى ابن زياد أنها لا ترثه وإذا جعل الزوج ما بيده من الطلاق بيد غيره جاز ثم إن كان ذلك الجعل على سبيل الوكالة فله عزله ما لم يقع ولزمه ما أوقعه عليه إن وكله على ذلك معينا وإن فوض إليه فى جميع أموره ولم يسم له طلاق زوجته فظاهر ما فى الجواهر أن له ذلك والذى حكاه ابن أبى زيد أنه معزول عرفا عن طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وتزويج البنت وعتق العبد وإن جعله بيده على سبيل التمليك فليس له عزله ثم إن كان حاضرا فى المجلس فله أن يمضى أو يرد وإن تفرقا من المجلس ففى بقائه بيده قولان وإن جعله بيد الزوجة على سبيل التوكيل فله عزلها ما لم توقع وفيه نظر وإن جعله على سبيل التمليك أو التخيير فليس له عزلها. ولا يشترط فى المملكة المخيرة البلوغ لكن القضاء لا يصح منها

فى حال صغرها قال ابن القاسم: إن بلغت حد الوطء فاختارت نفسها فهو طلاق وروى عنه عيسى أنها إذا بلغت مبلغا تعرف ما جعل إليها ويوطأ مثلها فذلك لازم وصيغة التمليك أمرك بيدك وملكتك نفسك ونحو ذلك وصيغة التخيير اختارينى واختارى نفسك ثم إن كان لفظ الصيغة نصا فى عدد وفى وقت القضاء عمل بمقتضاه وإن كان محتملا وفسره بأظهر محامله قبل قوله وإن فسره بالمرجوح قبل قوله واستظهر عليه باليمين وإن فسره بما لا يحتمله اللفظ لم يقبل قوله ومدلول التمليك المطلق أقل الطلاق ولذلك تكون له مناكرتها إذا قضت بأكثر بشروط ثلاثة: أن يكون تمليكه على غير شرط وأن يدعى أنه نوى ذلك عند التمليك وأن يناكرها فى الحال ومدلول التخيير المطلق الثلاث فى المدخول بها وإن نوى أقل على المشهور وقيل هو كالتمليك وعلى المشهور فإن أوقعت واحدة لم تقع ويكون ذلك قطعًا لخيارها قاله ابن القاسم ومالك وقال أشهب لها استئناف القضاء وقال ابن الماجشون إذا قضت بواحدة فهى البتة ومحمله فى غير المدخول بها على الواحدة إذا نوى ذلك أو نوته وإلا فالثلاث ثم هاتان الصيغتان إن صدرتا معلقتين بشرط لم تفتقر إلى الجواب فى المجلس ثم ذلك الشرط إن كان محقق الوقوع مثل إن مضت سنة فأمرك بيدك فيكون أمرها بيدها الآن وإن كان جائز الوقوع كان بيدها إذا وجد وإن صدرت مطلقة وكانت غائبة وأرسل إليها بذلك ولم تجب وفارقها الرسول فذلك بيدها ما لم يطل الزمان أو يتبين من حالها أنها راضية بالزوج قاله ذلك وإن كانت حاضرة ونص على بقائه بيدها بعد المجلس أو على أنه لا يبقى بعده عمل بمقتضاه وإن أطلق ولم يأت بلفظ يدل على التأخير فى بقائه بيدها بعد المجلس فروايتان والذى أخذ به ابن القاسم الإمضاء بعده وإذا طال المجلس طولا يخرج على الجواب فهو كالافتراق على المنصوص.

الثانى: المطلقة:

يشترط أن يملك الزوج عصمتها حال الطلاق تحقيقا أو تقديرا فلو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق إلاَّ أن ينوى إن تزوجتك ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق طلقت عقيب العقد على المشهور وقال المخزومى وابن عبد الحكم لا تطلق ورواه ابن وهب والمخزومى عن مالك وأفتى به ابن

القاسم صاحب الشرطة وهو قول الشافعى وعلى المشهور فعليه نصف الصداق فإن دخل قبل النظر فيه فصداق واحد على المشهور وقيل صداق ونصفه.

الثالث: الصيغة:

وإذا صدر اللفظ اللسانى مقارنًا للكلام النفسانى لزم الطلاق اتفاقا وإن صدر اللفظ وحده ففى اللزوم قولان قال اللخمى والصحيح من المذهب أن اللفظ بغير نية لا يلزم ولو أوقع الطلاق بقلبه ففى اللزوم روايتان قال أبو عمران والمشهور عدم اللزوم. وفى المتيطية المشهور اللزوم ثم الصيغة ضربان صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية، والكناية ضربان: ظاهر ومحتمل، فالصريح ما فيه الطاء واللام والقاف. وزاد ابن القصار سرحتك وفارقتك وأنت حرام وبته وبتله والكناية الظاهرة ما دل عرفا على الطلاق كالخمسة المتقدمة وخليتك وأنت خلية وبرية وحبلك على غاربك وكالميتة والدم وكلحم الخنزير ووهبتك ورددتك إلى أهلك واعتدى وهذه الكنايات كالصريح فى أنه لا يقبل قوله أنه أراد غير الطلاق.

تنبيه: أهل العصر إذا رأوا المسألة فى المدونة من هذه المسائل أفتوا بها وقالوا مذهب مالك فيها كذا وما قالوه صحيح لكن ما أفتى به مالك بناء على عرف تقرر عنده فى هذه الألفاظ فلا يحل أن يفتى بذلك إلاَّ بعد أن يعلم أن ذلك العرف باق وكذلك كان شيخنا شهاب الدين رحمه الله يقول والمحتمل مثل اذهبى وانصرفى واعزبى وأنت حرة والحقى بأهلك أو لست لى بامرأة ولا نكاح بينى وبينك وقوله مقبول إن قال أردت غير الطلاق أو الطلاق لكن أردت واحدة وما ليس بصريح ولا كناية مثل اسقنى الماء فإن ذكر أنه أراد الطلاق فهو طلاق على المشهور.

اللواحق

وهى هنا قيام المرأة بالإعسار بالنفقة أو بالكسوة وبالضرر والغيبة وامتناع الزوج من الوطء والمتعة.

الأول: الإعسار بالنفقة وبالكسوة:

ويثبت للمرأة القيام بالطلاق إذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة لا الماضية ما لم

تكن عرفت قدره أو عرفت أنه من السؤال قال أشهب ولو عجز عن الكسوة خاصة طلقت عليه قال اللخمى وينبغى أن يطلق إذا عجز عن الغطاء والوطاء وحيث قلنا بالتطليق فذلك إذا عجز عن ذلك جملة وأما إذا قدر على قوتها دون خادمها ولو من شعير غير مأدوم يوما بيوم وعلى ما يوارى عورتها ولو من غليظ الكتان لم تطلق وإن كانت ذات شرف وغناء قاله مالك فإن ادعى الزوج العسر أثبت ذلك فإن وافقته على دعواه ضرب له أجل رجاء يسره على القول المعمول به وقيل لها أن تطلق نفسها من غير أجل وإن أكذبته حلف أنه لا يملك مالا ظاهرا ولا باطنا وضرب له أجلا قال فى المدونة والتلوم يختلف فيمن يرجى له ومن لا يرجى له قال مالك والأجل اليوم ونحوه ما لا يضر بها الجوع فيه وعنه ثلاثة الأيام ابن المواز الذى عليه أصحاب مالك الشهر قال بعض الفقهاء ويؤجل فى الكسوة دون أجل النفقة كالثلاثة أيام ونحوها وقيل خمسة عشر إلى الشهر وهذه الأقوال لا مستند لها إلاَّ مجرد الاجتهاد فينبغى للحاكم أن يعمل فى ذلك بما يراه مصلحة فى حق الزوجين ولو قامت والزوج غائب فإن كان له مال يعد فيه بنفقتها فرض لها الحاكم نفقتها فيه وإن لم يكن له مال فلها القيام بالطلاق عند أكثر المتأخرين وهو أصل المذهب وقال اللخمى وغيره ليس لها ذلك لأن الغائب لم يستوف حجته وإذا فرعنا على الأول فإن الطلاق يكلفها إثبات الزوجية والغيبية واتصالها وأنهم ما علموه ترك لها نفقة ولا بعث لها بشىء فوصلها إلى آخر الفصول التى جرت العادة بها ثم الغيبة إن كانت قريبة أعذر إليه وإن كانت بعيدة أو كان غير معلوم المكان أجلها القاضى بحسب ما يراه، وذكر المتيطى فى تسجيله فى التأجيل خمسة وأربعين يوما فإذا انقضى الأجل استظهر عليها باليمين ثم طلقها عليه.

الثانى: الضرر:

وإذا قامت تشكو الضرر فإن أثبتته ففى وثائق ابن الهندى لها تطليق نفسها وإن لم يشهد بتكرر الضرر وقيل حتى يتبين تكرره ويطلقها القاضى عليه. وفى العتبية: من مثل بامرأته طلقت عليه، وذلك فى المثلة البينة يأتيها متعمداً مثل فقء العين وقطع اليد وشبه ذلك. وقال اللخمى: إن انزجر بالقصاص لم تطلق عليه وإن كان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتصت منه طلقت، ولو قال: فعلته خطأ، وقالت: بل

عمدًا فرجع سحنون إلى أن القول قولها. وقال اللخمى: إن كان شريرًا أو فعل ذلك بالحديد أو ما يقوم مقامه بما يقوم الدليل فيه أنه فعله عمدًا فالقول قولها وإن لم يثبت الضرر نهى عنها فإن تكررت شكواها أمره أن يسكنها مع قوم صالحين وأمروا بتفقد خبرها ثم إن ظهر منه ما يوجب أَدَبه أَدَّبه وإن رأى إسكانهما مع أمينة فقولان ثم إذا قلنا بإسكان أمينة فقال بعضهم يقبل قولها ويقضى به عليهما وقيل حتى يتفق الزوجان على أن قولها مقبول عليهما، قال أبو بكر بن عبد الرحمن: على القاضى أن يعمل بقول الأمين وإن كانت امرأة إذا اتفقا عليه ورضيا به وهى ضرورة ولو كان الزوج صالحا ودعت المرأة إلى الأمين لم تمكن من ذلك إلا أن يعلم الجيران شيئًا من ذلك ولو دعا الرجل إلى الأمين مكن من ذلك بأى وجه كان حكاه فى الطرر وإذا لم يرض القاضى بالأمين أو لم ينكشف له حالهما وطال عليه تكررهما بعث إليهما حكمين ويكونان ذكرين حرين عدلين فقيهين حكما من أهله وحكما من أهلها فإن لم يجد بعثهما من غير أهلهما ويستحب أن يكونا من الجيران وللزوجين ولمن يلى عليهما إقامتهما على الصفة المخصوصة وليس للحاكم ولا لهما إقامة واحد، قال اللخمى: فإن جهل وجعل ذلك إلى واحد عدل لم ينقض وهو قول عبد الملك وعلى الحكمين أن يجتهدا فى الإصلاح وإلا نظرا فإن كانت الإساءة منها ائتمناه عليها إن كان لا يتجاوز الحق فيها عند طلاقهما إلا أن يريد الزوج الفراق فيفرقان ولا يكون لها شىء من الصداق وإن رأيا الإساءة منه فرقا بينهما دون إسقاط شىء من الصداق وإن كانت منهما أو أشكل أمرهما فرقا بينهما وأسقطا عنه نصف الصداق وإن كان الظلم من أحدهما أكثر حكما بما يريانه.

الثالث: الغيبة:

وإذا قامت بالفراق للغيبة لما يلحقها من الوحشة وعدم الإصابة فإن كان معلوم المكان وكان فى الإقامة معذورا كالأسير فلا مقال لها إلا بعدم النفقة أو يكون لها شرط وينفق عليها من ماله إلا أن يموت أو ينقضى تعميره فتتزوج حينئذ ويقسم ماله وهذا قول مالك وأصحابه إلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود وإن كان مختارا كتب السلطان إليه إما أن يقدم أو يحملها إليه أو يفارق أو يفارقها عليه

لحقها فى الإصابة قال مالك فإن كان يبعث بالنفقة فالعام قريب وإن تعذرت الكتابة إليه فلها القيام بالفراق وإن كانت الطريق مخوفة فلها حكم الأسير إلا أن يعلم أنه غير راغب فى القدوم فإن كان مفقودًا فلها القيام ثم لفقده أربعة أحوال:

الحال الأول: أن يفقد فى قتال المسلمين فى الفتن. فقال مالك ليس فى ذلك أجل وتعتد زوجه بعد انفصال الصفين وقاله ابن القاسم وقال ابن القاسم أيضًا تتربص سنة ثم تعتد. وقال أيضًا العدة داخلة فى السنة. وقال فى العتبية ما قرب من الديار يتلوم لها بقدر انصراف من انصرف ثم تعتد وتتزوج وما بعد مثل إفريقية ونحوها تنتظر سنة. وقال ابن المواز أربعة أعوام كالمفقود.

الثانى: أن يفقد فى قتال العدو وفى المذهب أربعة كالأسير قاله ابن القاسم وكالقتيل وهو ظاهر رواية أشهب أنه يضرب لها سنة من وقت النظر لها فمحمل أمره على القتل وتلوم بالسنة لاحتمال حياته وكالمفقود فى المال والمقتول فى الزوجة وقيل كفقيد أرض الإسلام.

الثالث: أن يفقد فى بلاد العدو وفى المذهب أربعة كالمفقود وكالأسير والتفرقة فإن كان سفره فى البحر فكالأسير وإن كان فى البر وفقد قبل الوصول فكالمفقود والتفرقة أيضًا فإن كان فقد قبل وصوله فكالمفقود بأرض الإسلام وإن فقد بعد وصوله فكالأسير.

الرابع: أن يفقد بأرض الإسلام فإن كان وجهته إلى بلد فيه الطاعون فمحمله على الموت وإن كانت إلى غير ذلك وقامت المرأة تطلب الفراق كلفها القاضى إثبات الزوجية واتصالها إلى حين القيام وأنه غاب وانقطع خبره فإذا ثبت ذلك عنده بحث عنه وكتب إلى المواضع التى جرت عادته بالخروج إليها وعمل فى ذلك جهده فإذا يئس من قدومه ضرب لها أربعة أعوام أجلا إن كان حرا وإن كان عبدا فعامان وابتداء الأجل من يوم الإياس قاله مالك وقال أيضًا من يوم الرفع فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة ثم تتزوج ولا يفتقر فى ذلك إلى إذن السلطان ولها أخذ صداقها بعد الأجل المضروب إن حل أجله بعد يمين الاستبراء وإن لم تحل لم تأخذه وإن كان لم يدخل بها فهل تأخذ جميعه أو نصفه ويبقى نصفه إلى انقضاء تعميره روايتان وإذا قلنا لها أخذ جميعه فعلمت حياته فهل لها رد النصف

لأنه طلاق قبل الدخول أو لا ترد شيئًا روايتان وإذا كان له نسوة لم يقمن فضرب الأجل لهذه ضرب لجميعهن قاله مالك وقال أبو عمران يضرب للثانية أجلا من يوم الرفع من غير استئناف كشف وينبغى للإمام أن يجعل ماله بيد أمين يحفظه ويثمره ولو كانت النفقة عليه تعظم والبيع أصلح باعه عليه ويترك وديعته عند من أودعها إن كان أمينا ويبقى المال بيد أمين إلى ثبوت موته أو انقضاء تعميره فيقسم بين ورثته يوم التمويت وقيل يقسم بعد انقضاء أربعة أعوام واختلف فى حد التعمير على ستة فقال مالك وابن القاسم وأشهب سبعون عاما وأفتى ابن زرب بخمسة وسبعين وقال الباجى فى مجالسه وبه القضاء وروى ابن الماجشون الثمانون وبه أخذ ابن القاسم وقال ابن القاسم أيضًا تسعون وقال أشهب أيضًا مائة قال ابن الماجشون وإليه رجع مالك ومائة وعشرين قاله ابن عبد الحكم ولو غاب وهو ابن ثمانين عمر إلى التسعين وإن غاب وهو ابن تسعين عمر إلى المائة وابن مائة يتلوم عليه بالأعوام اليسيرة قيل بعشرة وقيل بالعام والعامين وابن مائة وعشرين يتلوم عليه بالعام ونحوه والطريق إلى ذلك أن يشهد بمبلغ سنه يوم سفره إما بالعلم وإما بالحزر ويبنى فى ذلك على الأقل وإذا شهد بالحزر فلا بد فى ذلك من يمين الورثة ومتى قدم المفقود وزوجه فى العدة أو بعد انقضائها وقبل التزويج بقيت زوجة وكذلك إن علمت حياته وهذا هو المشهور وقال ابن نافع إذا انقضت عدتها فلا سبيل له إليها ولو تزوجت ولم يدخل بها الثانى فرجع مالك إلى أن المفقود أحق بها وبه القضاء وإن دخل بها الثانى فهو أحق بها وفى المنعى لها زوجها ثلاثة الأول أحق بها وإن ولدت من الثانى وهو المشهور والثانى أحق والتفرقة فإن كان حكم بموته قاض فالثانى أحق وإلا فالأول.

الرابع: امتناع الزوج من الوطء:

فإن ترك ذلك لغير عذر ولا يمين لم يترك وأمر بالفعل أو الطلاق وتلوم عليه مقدار أجل الإيلاء حكاه ابن يونس عن مالك وإن تركه لعذر وكان من غيره كالذى يحبس فلا كلام لها وإن حبس ليغرم مالا قليلا وعنده مال فلها المقال وإن كان منه كالذى يقوم عليه شاهد بالطلاق فينكر ويمتنع من اليمين فيسجن فإن كانت المرأة عالمة بالفراق وكان الطلاق بائنا أو رجعيا وقد انقضت العدة لم يكن لها حق فى

القيام إذ لا حق لها فى الإصابة وإن لم تكن عالمة فلها القيام ويضرب له أجل الإيلاء وكذلك إن قصد إصلاح جسد وهو كمن حلف على ترك الوطء لأجل ذلك فإن كان صحيح البنية لم يكن له ذلك وإن كان ضعيف البنية وضرب لذلك أجلا يرى فيه صلاحه لم تطلق وإن جاوز أربعة أشهر إلا أن يطول فلها الفراق وإن لم يضرب لذلك أجلا ترك الأمد الذى صلاحه فيه ثم إن كان قبل أربعة أشهر فلا كلام لها وإن كان بعد لم يعجل بالفراق حتى يبلغ الأمد الذى لا مضرة فيه وكذلك المشتغل بالعبادة وقال مالك لها الفراق ولو كان العدد لا يمكن معه إصابة وكان من سببه كالذى يشرب الدم ليقطع شهوة النكاح أو يشربه لعلة وهو يعلم أو يشك أنه يقطعها وكالذى يقطع ذكره فلها الفراق.

الخامس: المتعة:

وهى مستحبة على المشهور جبرا لقلب المرأة لما يلحقها من الفراق وليس لها حد معلوم وهى لكل مطلقة باختيار الزوج ولا اختيار للمرأة فيه ما لم يكن قبل البناء وقد فرض لها فلو كان لها فيه اختيار كالمخيرة فلا متعة لها على المشهور ولا متعة للمردودة بعيب ولا للمنكوحة نكاحا فاسدا وحكم بفسخه ولا للمنكوحة نكاحا صحيحا طرأ عليه ما يوجب فسخه.

الرجعة

رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع أوقعه الزوج فى نكاح صحيح ووطء جائز أو أوقعه الحاكم لسبب ثم زال ذلك السبب فى العدة وأقرت الزوجة ببقاء العدة فلا رجعة له على المبتوتة ولا على المختلعة ولا على التى لم يدخل بها ولا على المنكوحة نكاحا فاسدا ولا على التى طلقها بعد إن وطئها وطئا فاسدا كالتى وطئها وهى حائض وله رجعة من طلقها عليه الحاكم بالإيلاء أو بوجود العيب أو بعدم النفقة إذا أصاب فى العدة أو زال العيب أو أيسر فيها ولو أنكرت المرأة الوطء فقال فى المدونة إن خلا بها فى بيت البناء غير دخول البناء فعليها العدة ولا رجعة له إذا أنكرت الوطء ومفهوم قوله إنها لو كانت خلوة بناء

صحت رجعته وقد صرح بذلك ابن المواز ولو تصادقا على الوطء قبل الطلاق ولم يعلم دخول فلا رجعة له ويلزم كل واحد منهما بمقتضى إقراره وإذا ادعت عدم انقضاء العدة أو انقضائها صدقت إلاَّ أن يتبين كذبها أو تأتى من ذلك بما لا يشبه.

الصيغة: لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على رد المرأة إلى ما كانت إليه نحو رجعت وارتجعت وردت وأمسكت والذى يقوم مقامه الوطء ومقدماته وذلك رجعة إذا اقترنت به النية فإن فقدت النية فثلاثة الصحة فى القول والفعل وعدم الصحة فيهما والصحة فى القول دون الفعل وهو المشهور ولو انفردت النية ففى الصحة قولان وإذا قلنا لا تصح بمجرد النية فنواها ثم وطء بغير نية فقال اللخمى إن بعد ما بينهما لم تصح رجعته إلاَّ أن يحدث نية عند الإصابة. وقال ابن المواز إن نوى ثم قبل أو باشر أو ضم فإن كان فعله ذلك لمكان ما نوى فهى رجعة.

* * *

obeikandl.com

كتاب الإيلاء

حقيقته: لغة: الحلف. وشرعا: الحلف على ترك وطء الزوجة غير المرضع أزيد من أربعة أشهر بمدة مؤثرة وإنما لم يكن موليا فى المرضع لأنه أراد إصلاح ولده قاله ابن القاسم وقال أصبغ هو مولى قال القاضى أبو محمد إذا زاد على أربعة أشهر مدة مؤثرة فهو مولى يريد إذا كانت الزيادة يسيرة أخر إليها وقال ابن المواز إن زاد ولو يوما واحدا فهو مولى.

حكمه: لزوم الحنث حكمًا.

حكمة مشروعيته: دفع الضرر اللاحق للمرأة لعدم الوطء.

أركانه: أربعة: المولى والمولى به والمولى عنه وأمد الإيلاء.

• **المولى:** مسلم عاقل بالغ يتصور وقاعه فلا يصح من الكافر فإن آلى ثم أسلم سقط الإيلاء ولا يصح من المجنون فإن جن بعد إيلائه ثم جن بعد حلول أجل الإيلاء فقال أصبغ يوكل السلطان من يفى عنه بالكفارة إذا كانت يمينه تمنعه الوطء أو يطلق وإن وطئها فى حال الجنون فوطؤه فيئة ويكفر عنه وليه ولا يصح من الصغير ويصح من السفيه البالغ ومن العبد إلاَّ أن يحلف بما عليه فيه حجر كالعتق والصدقة وليس لولى السفيه إجازة ذلك ولو أجازه سيد العبد جاز ولزم وإن لم يجزه سقط إن كان العتق والصدقة بمعين وفى سقوطه إن كان بغير معين قولان ولا يصح إيلاء المجبوب ولا إيقاف الزوجة فيه قاله مالك وابن القاسم ولو آلى وهو مريض لا يقدر على الوطء فقال ابن المواز لها القيام عند تمام الأجل واختار اللخمى خلافه ويلحق بالمولى من منع منها لشك ومن امتنع من الوطء مضاراً وعلم ذلك منه ومن احتملت مدة يمينه أقل من أربعة أشهر غير أن أجل هؤلاء من يوم الرفع.

• **المولى به:** كل يمين منعقدة بالله تعالى أو بطلاق أو عتق أو صدقة أو صوم أو حج ولو قال إن وطئتك فإنت طالق ثلاثا، فأكثر الرواة لا يمكن منها لحنثه بأول الملاقاة والنزع وطء لمن حرم عليه قال ابن القاسم ينجز من غير أجل إذا رفعته وقال

أيضًا يمكن من التقاء الختانين وينزع وقال أيضًا وينزل ولو حلف لا وطئها حنث بالوطء بين الفخذين ولايسقط عنه الإيلاء قاله ابن القاسم.

• **المولى عنه:** ترك الوطء أو ما يستلزمه كقوله والله لا جامعتك ولا اغتسلت منك ولا دنوت منك ويلحق بهذا يمينه على فعل شيء يمكنه فعله كقوله على الطلاق لأدخلن الدار وهو ممنوع فى مثل هذا عن الوطء وضرب الأجل فى مثل هذا من يوم الرفع.

• **الرابع: المدة:** وهى للحر ما زاد على مدة أربعة أشهر بمدة مؤثرة وللعبد ما زاد على شهرين قاله مالك وفى مختصر ابن شعبان هو كالحر يحتاج فى الإيلاء إلى ضرب أجل بل إذا رفعته عند انقضاء الأربعة الأشهر أو انقضاء الشهرين على ما مر فإن القاضى يأمره بالفئة أو الفراق فإن أبى وأصرت على المطالبة طلقها عليه ولو رضيت بالبقاء لم تطلق. وروى ابن الماجشون أن الطلاق يقع بمضى الأجل وظاهره أنه يقع من غير افتقار لحكم وأنها لو رضيت بالمقام لم يكن ذلك لها إلاَّ بتجديد عقد لغير المدخول بها وتجديد رجعة للمدخول بها وتحصل الفئة بمغيب الحشفة فى القبل وافتضاض البكر طائعًا عاقلا بخلاف الوطء بين الفخذين ووقع فى كتاب الرجم إذا جامع فى الدبر حنث وانحل إيلاؤه إلاَّ أن يكون نوى القبل فلا يحنث وإيلاؤه باق وطرح ذلك سحنون وفى انحلال الإيلاء بالكفارة أو بفعل المحلوف عليه ثلاثة: الانحلال وعدمه والتفرقة فإن كانت بالله تعالى لم تنحل إلاَّ بالإصابة وإن كانت بعين عتق أو طلاق انحل ولا تصح المطالبة مع قيام المانع من الإصابة فلا مطالبة لصغيرة لا تطيق فإذا طاقت كان الأجل من حينئذ ولا لرتقاء ولا لحائض حين الحيض ولا لمريضة لا تحتمل ولا يطالب مريض ولا محبوس ولا غائب إلاَّ بتكفير اليمين إن كانت مما يكفر قبل الحنث كعتق عبد معين أو إنفاذ صدقة معينة وطلاق زوجة ومن أبى من ذلك طلق عليه وفى عتق غير المعين قولان ولو كانت مما لا تكفر قبل الحنث كعتق لم يأت أو بما لا ينفع تعجيل الحنث فيه كطلاق فيه رجعة فيها أو فى غيرها فالفئة الوعد.

* * *

كتاب الظهار

حقيقته لغة: هو مأخوذ من الظهر وقد كانت العرب إذا أرادت الطلاق كنت عنه بصيغة الظهار لأن الظهر محل الركوب والمرأة مركوبة حال الغشيان.

حقيقته شرعًا: تشبيه من يحل وطؤها بمن يحرم.

حكمه: المنع لأن الله تعالى سماه منكرًا وزورا فإذا وقع لزم.

حكمة انحلاله بالكفارة: الرفق ويدل على ذلك حديث خولة مع زوجها أوس ابن الصامت.

أركانه: أربعة: المظاهر والمظاهر منها والصيغة والكفارة.

• المظاهر:

مسلم عاقل بالغ فلا يصح من الكافر ولا من المجنون وظهار السكران كطلاقه ولا من الصبى ويصح من السفيه ومن العبد ومن السيد فى أمته وفى لزوم ظهار من لا يتأتى منه الوطء كالمجبوب والمعترض والشيخ الفانى قولان لابن الماجشون وسحنون بناء على أنه تحريم لجملة المرأة أو للوطء خاصة.

• المظاهر منها:

كل امرأة يحل له الاستمتاع بها فتندرج الحائض والصغيرة والرتقاء وأم الولد والمدبرة ومنع سحنون ذلك فى الرتقاء.

• الصيغة:

قسمان: صريح وكناية، والكناية قسمان ظاهر ومحتمل. فالصريح ما فيه ظهر مؤبدة التحريم كقوله أنت على كظهر أمى أو أختى فإن نوى به الطلاق وهو جاهل بحكم الظهار فهو ظهار وفيه نزلت الآية وإن كان عالما ففى كونه ظهارا أو طلاقا قولان لابن عبد الحكم وابن القاسم وإذا فرعنا على مذهب ابن القاسم فهو الثلاث عنده ولا ينوى فى أقل وقال سحنون ينوى والكناية الظاهرة ما سقط منها الظهر من المحرم أو أثبته فى غير المحرم كقوله أنت على كأمى أو كظهر فلانة الأجنبية. قال ابن سابق إن نوى التحريم فهو حرام ولا يقبل قوله إنه لم يرد طلاقا ولا

ظهاراً. ولو قال أنت على حرام كأمى وأراد به الطلاق ففى المدونة هو طلاق وقيل ظهار وإن لم تكن له نية فهو ظهار. وقال القاضى أبو محمد هو طلاق وفى التشبيه بالأجنبية ستة قال سحنون هو ظهار ما لم ينو الطلاق وقيل ظهار وإن نوى الطلاق قال ابن المواز وهو قول مالك وأصحابه وقيل طلاق إلاَّ أن ينوى الظهار وقيل وإن نوى وقيل لا يكون طلاقا ولا ظهاراً. وقال ابن القاسم إن سمى الظهر فهو ظهار وإن لم يسمه بل قال كفلانة الأجنبية فهو طلاق يريد البتات حكاه عنه ابن يونس ولو حذف الصفة فقال أنت كظهر أمى كما لو قال أنت طالق ولم يقل منى ولو شبه بظهر ذكر فقال ابن القاسم وأصبغ هو ظهار وقال مطرف لا يكون ظهاراً ولا طلاقا. والكناية المحتملة مثل قوله ادخلى الدار فإن أراد ظهارا فهو ظهار كالطلاق.

• الكفارة:

تجب بالعود وفيه أربع روايات. العزم على الوطء وهو قوله فى المدونة وعلى الإمساك وعليهما معا وهو قوله فى الموطأ والوطء نفسه وفيه بعد.

أنواعها ثلاثة مرتبة: العتق ثم الصوم ثم الإطعام.

• العتق:

وهو عتق رقبة مؤمنة غير ملفقة له محررة له سليمة خالية من شوائب العتق والعوض فيجزئ عتق الصغير ولا يجزئ عتق الكافر. فإن كان ممن يجبر على الإسلام كالمجوسى فقولان. وقال ابن القاسم يجزئه عتق الصغير الكتابى ولا يجزئ عتق نصفين من رقبتين ولو اشترى من يعتق عليه فأعتقه عن ظهاره لم يجزه ولا يجزئ عتق المعيبة إذا كان العيب يمنع التكسب أو كماله أو يشين كالأعمى والأبكم والأقطع والهرم والمجنون الذى لا يرجى برؤه ولو كان لا يمنع التكسب ولا يشين أجزأ كالعرج والمرض الخفيف والصمم الخفيف وإن كان لا يمنع التكسب ولكنه يشين فقولان ولا تجزئ أم الولد ولا المعتق بعضه ولا المعتق إلى أجل وكذلك المدبرة والمكاتبة إن كانتا له فإن اشتراهما ففى الإجزاء قولان وعلى النفى ففى رد العتق قولان ولا يجوز أن يعتق عبده على أن يأخذ على ذلك مالاً وينفذ العتق ولا يجزئه.

• الصيام:

وشرطه العجز عن العتق وهو شهران متتابعان بالأهلة فإن انكسر شهر أكمل ثلاثين من الثالث والعبد فى ذلك كالحر وينوى الكفارة والتتابع ومتى انقطع التتابع استأنف وينقطع التتابع بوطء المظاهر منها ليلا أو نهارا ولو فى آخر يوم عاقدًا أو ناسيًا ولا ينقطع بوطء غيرها ليلاً وفى قطعه ناسيًا نهارًا قولان وإذا قلنا لا ينقطع فيقضى يوما مكانه وفى انقطاعه بالفطر خطأ أو سهوا ثلاثة الثالث ينقطع فى الخطأ والمشهور أنه لا ينقطع ويقضيه متصلا وإذا أيسر بالعتق فى أثناء الصوم فإن كان بعد يومين ونحوهما استحب له العتق والإمضاء على صومه قاله مالك إلا أن يفسده ولو فى آخر يوم بوطء المظاهر منها فيجب عليه العتق.

• الإطعام:

وشرطه العجز عن الصيام عاجلا وآجلا ولو غالب على ظنه أنه يقدر فى المستقبل فقال ابن القاسم ينتظرها ولا يطعم وقال أشهب بل يطعم جنسه قوت بلده. وفى الموازية يخرج من قوت المكفر قال ابن المواز إلاَّ أن يأكل الشعير ومثله يأكل القمح وفعل ذلك من غير ضيق فلا يجزئه قدر مد بمد هشام لكل مسكين والمساكين ستون أحرارًا مسلمين فقراء لا تلزمه نفقتهم ويعطى الرضيع ما يعطى الكبير. وإذا وطء المظاهر منها ليلا أو نهارا ناسيا أو غالطا بطل ما تقدم من الإطعام وإن لم يبق إلاَّ مسكين واحد على المشهور. وقال ابن الماجشون أحب إلى أن يستأنف.

* * *

كتاب اللعان

حقيقته: لغة: الطرد والإبعاد، وشرعا: يمين الزوج على زنى زوجه أو نفى ولدها أو حملها ويمين الزوجة على تكذيبه لأن فيها ذكر اللعن أو لكونها سببا فى بعد كل واحد منهما عن صاحبه.

حكمه: الجواز لحديث عويمر وهو مورد النص فى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور:٦].

حكمة مشروعيته: الرفق بالزوج فى دفع الحد عنه ودفع المعرة وحفظ نسبه والتشفى منها لمكان خيانتها.

أركانه: ثلاثة: الملاعن والملاعنة والصيغة.

• الملاعن:

زوج مسلم عاقل بالغ، فلا يلاعن السيد فى رمى أمته بقذف ولا بنفى ولد فإن ادعت أنه منه حلف يمينا واحدة ولا لعان لكافر فى زوجه الكافرة فلو كانت مسلمة إما لكونه تزوجها متعديا أو أسلمت دونه لاعن بقذفها فإن نكل حد وإن نكلت لم تحد ولا لعان لمجنون ولا صغير إذ لا يحد للقذف.

ثم للعان ثلاثة أسباب: القذف ونفى الحمل ونفى الولد.

الأول: القذف: وإذا رمى الرجل زوجه بالزنى طائعة فى قبل أو دبر أو شهد عليها بذلك لاعن ولو قال فعلته مكرهة فإن صدقته وثبت اغتصابها لاعن لنفى ولا لعان عليها إذ تقول إن لم يكن منك فهو من الغاصب وإن لم يثبت لاعنت وإلاَّ رجمت ويعتمد فى رميها على الرؤية وفى اشتراط رؤية فرجه فى فرجها روايتان.

الثانى: نفى الحمل: وله أن يلاعن إذا ظهر الحمل على الأصح والقول بأنه لا يلاعن حتى تضع لاحتمال أن يكون ريحا وإذا رأى الحمل فسكت ولو يوما لم يكن فيه لعان.

الثالث: نفى الولد: ويجرى مع كل امرأة يلحقها ولدها حرة كانت أو أمة إلاَّ

ملك يمينه كما تقدم ويعتمد فى نفى الحمل والولد على أنه لم يصبها بعد وضع أو فى مدة لا يلحق فى مثلها الولد لقلة أو كثرة وعلى اجتماع الاستبراء والرؤية ولا يعتمد على الاستبراء وحده على أصح الروايتين. وفى اعتماده على الرؤية وحدها ثلاثة لمالك يفرق فى الثالث فإن كان الحمل ظاهراً يوم الرؤية فليس له نفيه ولا يعتمد على غير ما ذكرناه.

• الملاعنة:

زوجة بالغ، فيلاعن فى الزوجة وإن كان النكاح فاسداً يلحق فيه الولد ويلاعن فى الزوجة الكتابية والأمة لنفى الولد لا لقذفه ثم إذا لاعن لنفى حملها فأما الأمة فتلاعن فإن نكلت حدت وبقيت زوجة وإن كانت غيرمدخول بها وأما الكتابية فإن شاءت التعنت ووقعت الفرقة ولا تجبر لأنها لو أقرت بالزنى لم تحد وإن نكل فيهما لم يحد ويلحق به الولد ولا لعان فى غير البالغ إن كانت فى سن من لا تطيق إذ لا معرة عليها بقذف وإن كانت فى سن من يطيق لاعن فإن نكل حد ولا لعان عليها إذ لو أقرت بالزنى لم تحد.

• الصيغة:

يقول فى الرؤية أشهد بالله الذى لا إله إلا هو أنى لمن الصادقين لرأيتها تزنى زنى كالمرود فى المكحلة يقول ذلك أربع مرات ثم يقول فى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تقول المرأة أشهد بالله الذى لا إله إلا هو أنه لمن الكاذبين وما رآنى نزنى ثم تقول فى الخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإن لاعن لنفى الحمل واعتمد على الرؤية وحدها على أحد القولين زاد فى الأربع وما هذا الحمل منى وتزيد المرأة وإن هذا الحمل منه فإن اعتمد على الاستبراء وحده على أحد القولين قال: إنى لمن الصادقين لقد استبرأتها منذ كذا وإن اعتمد عليهما معا ذكرهما معا.

تنبيه: حكى فى الطرر أن الرجل إذا ادعى الرؤية ونفى ولده أنه يسجن حتى يلاعن ولا يحكم باللعان إلا بعد ثبوت الزوجية إن كانا من أهل المصر وبعد ثبوت الحمل بشهادة امرأتين قال وإن لم يثبت ذلك عنده حدت وإن لم يكونا من أهل المصر مكنه من اللعان. ويستحب للإمام أن يعظهما فيقول للزوج اتق الله تجلد الحد

ويسقط عنك الإثم ويقول للمرأة مثل ذلك ويقول لكل واحد منهما عند اللعان بالغضب إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه لموجبة عليك العذاب فإن أصرا أمر بلعانهما فى أشرف مواضع البلد فى مقطع الحقوق ولا يكون اللعان إلا بمحضر جماعة لا ينقص عددهم عن أربعة ولا يكون إلا بمجلس الحكم ويحلف المريض بموضعه ويبعث معهما عدولا ويستحب أن يكون أثر صلاة العصر وتحلف الذمية فى كنيستها لا فى المسجد.

اللواحق

وهى الأحكام المرتبة على اللعان وهى سبعة:

الحكم الأول: فى نسب الولد من أبيه:

فلا ميراث بينهما ونسبه من أمه ثابت يرثها وترثه.

الثانى: فى قطع النكاح:

وقد اختلف هل يكون بطلاق أو بفسخ وإذا قلنا إنه بطلاق فهل يكون واحدة بائنة أو ثلاثا وهل يكون بنفس تمام التحالف أو بحكم أو يوقعه الزوج وهل تحرم على التأبيد أو لا فى ذلك خلاف بين العلماء وقول مالك وابن القاسم تقع الفرقة بتمام التحالف دون حكم قال غير واحد ويكون طلاقا بائنا والمذهب أنها لا تحل إلا أن يكذب نفسه وقد بقى من لعانهما ولو مرة واحدة فيحد وتبقى له زوجة ولو أنفش الحمل بعد تمام لعانهما فلا تراجع بينهما أبدا لانه حكم مضى ولاحتمال أن تكون أسقطته وكتمته ولا حد عليه.

الثالث: قطع التوارث:

فإن مات قبل أن تلاعن ورثته ولا لعان عليها وإن مات بعد تمام لعانه فإن لاعنت لم ترثه وإلا حدت وورثته وقيل ترثه وإن لاعنت لأن الفراق إنما يقع بلعانها وقد مات وهى زوجة ولو ماتت قبل الخامسة من لعانه ورثها.

الرابع: رفع العقوبة وعار الكذب.

الخامس: تشطير الصداق:

وإذا لاعنها قبل البناء وأتت بولد فلها نصف الصداق وفى الجلاب لا شىء لها

فإن نكل حد ولها جميعه وبقيت زوجة وإن لاعن حدت وبقيت زوجة وإن طلقها فلها النصف وإن لم يطلق فلا يمسها حتى تضع إلا أن يقول الحمل كان قبل العقد فيؤخذ بإقراره ولا تقر تحته.

السادس: الاستلحاق:

وإذا استلحق الولد وقد كان لاعن للرؤية أو للرؤية وإنكار الولد لم يحد وإن كان لإنكار الولد خاصة حد ولحق به الولد مطلقا سواء أكذب نفسه قبل التعان المرأة أو بعده.

السابع: فى حكم النكول:

وإذا نكلت المرأة وهى حرة مسلمة مدخولا بها رجمت وورثها زوجها وإن كانت غير مدخول بها جلدت مائة وبقيت زوجة وإن كانت أمة جلدت خمسين وإن كانت مدخولا بها وإن كانت كتابية عوقبت ولو أرادت أن تلاعن بعد نكولها فللمتأخرين قولان. وإذا نكل الزوج أو رجع حد حد القذف فإن عاد إلى اللعان فحكى ابن الحاجب أن له ذلك وقال غيره الصحيح أن ذلك لا يقبل منه.

* * *

obeikandl.com

كتاب العدة

حقيقتها: تربص المرأة عن النكاح بعد فراق زوجها أو موته مدة معلومة شرعا.

حكمها: الوجوب.

حكمة مشروعيتها: صون الأنساب عن الاختلاط ويشترط فى الطلاق أن تكون مدخولاً بها فلا عدة على مطلقة قبل البناء أو تعتد عدة الطلاق أيضًا بالوطء بزنى أو اشتباه والخلوة من الغاصب كالوطء لأنها مظنة فإن كانت الزوجة أمة فتعتد بحيضة ووطء من لا يولد له كالصغير والمجبوب لا يوجب عدة بخلاف الخصى القائم الذكر ولا تجب على الصغيرة التى لا تطيق الرجل لأنه جرح وإفساد والنساء كلهن عدتهن فى الوفاة أربعة أشهر وعشر إلاَّ الحامل فعدتها فيها وفى الطلاق وضع الحمل وإن كانت علقة إلاَّ أن يعلم أنه من غير من اعتدت منه كالزنى فتعتد كغيرها.

وعدة الطلاق تختلف باختلاف النساء، وهن خمس: صغيرة وآيسة ومعتادة ومرتابة بتأخير الحيض لغير سبب معتاد ومرتابة بالحمل.

فأما الصغيرة والآيسة فعدتهما ثلاثة أشهر بالأهلة فإن انكسر الأول أكملت الثلاثة ثلاثين ثلاثين وقيل تكمل الأول خاصة من الرابع.

وأما المعتادة فعدتها ثلاثة أقراء وهى الأطهار والأمة بقرأين.

وأما المرتابة بتأخير الحيض من غير سبب فتستبرأ بتسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة حرة كانت أو أمة مسلمة أو كتابية.

والمرتابة بسبب وهن ثلاثة مريضة ومرضع ومستاحضة فالمريضة عند مالك وابن القاسم كالمرتابة وعند أشهب كالمرضع، والمرضع عدتها بالأقراء فإذا انقطع لبنها ومضت عليها سنة لم تر فيها دما حلت،والمستحاضة غير المميزة كالمرتابة وفى المميزة روايتان مثلها والاعتبار الأقراء.

والمرتابة بالحمل تمكث أقصى أمد الحمل على المشهور وهو خمسة أعوام على المشهور وروى أشهب لا تحل حتى يتبين التداخل وإذا طرأ موجب قبل تمام عدة أو

استبراء فإن كان الرجل واحدا والفعل سائغا انهدمت الأولى واستأنفت ما هى من أهله من أقراء أو شهور مثاله أن يطلق طلاقا رجعيا ثم يرتجع فى العدة ثم يطلق فالبرجعة تنهدم العدة الأولى فإن فهم أنه أراد التطويل عليها فى العدة لم تنهدم إلاَّ أن يمسها وتنهدم فى الموت مس أو لم يمس وإن كان الفعل غير سائغ والرجل واحد أو متعدد فعليها أقصى الأجلين مثل أن يطلقها طلاقا بائنا أو يموت عنها فتتزوج ويدخل بها الثانى وفى الجلاب تتم عدة الأول وتستأنف عدة أخرى وكذلك لو طلقها بائنا ثم وطئها هو أو غيره وطئا فاسدا بزنى أو اشتباه أو نكاح فاسد أو تكون مستبرأة من وطء فاسد فطلقها الزوج أو مات عنها ولو كانت حاملا من الأول فوطئها الثانى فوضعها يجزئ عنهما ولو كان الحمل من الثانى أجزأ عن الثانى وأما الأول فإن كانت متوفى عنها فعليها أقصى الأجلين إذ لا تنهدم العدة الأولى اتفاقا وإن كانت مطلقة ففى هدم الأولى قولان وإذا قلنا لا تنهدم فعليها أقصى الأجلين، وفى النوادر تأتنف ثلاث حيض والنفقة واجبة للمعتدة المطلقة الرجعية وللحامل والسكنى واجبة لكل معتدة خلا المتوفى عنها قبل الدخول إلاَّ أن يكون قد أسكنا ولا سكنى لأمة إلاَّ أن يكون قد بوأها بيتا والكتابية كغيرها وكذلك كل من تحبس لأجله كفسخ النكاح لإصلاح أحد الزوجين بعد البناء وكالذى نكح محرما غير عالم وقد بنى عليها وفى الغالط بغير العالمة ذات الزوج قولان وفى أم الولد يموت سيدها أو يعتقها ثلاثة لابن القاسم ثالثها إن كانت حاملاً فلها السكنى وإلاَّ فلا وعليها ملازمة المسكن الذى كانت فيه قبل الموت أو الطلاق قال مالك ولا بأس أن تخرج بعد الفجر وتأتى بعد المغرب وقبل العشاء وهذا لحاجة تعرض لا أنها تجعل ذلك عادة.

* * *

كتاب الاستبراء

وهو فى اللغة البحث عن الشىء والكف عنه. وشرعا: البحث عن حال الأرحام ليعلم بريئة هى أم لا.

وحكمة مشروعيته: كالعدة. ويتعلق النظر فيه بالموجِب والموجَب:

أما الموجب فأربعة أسباب:

الأول: تجدد الملك بأى وجه كان إذا لم تتيقن البراءة فإن تيقنت أو أمنت بوجه قوى لا يقتصر عن الاستبراء لم يجب مثل أن تكون الأمة ممن لا تطيق أو تكون تحت يده للاستبراء أو وديعة فتحيض عنده ثم يشتريها حينئذ أو بعد أيام وهى لا تخرج ولا يدخل عليها سيدها أو تكون لمن يسكن معه كزوجه أو ولده الصغير فيشتريها من نفسه لنفسه بعد أن حاضت وإن أمنت بوجه قوى يقصر عن الاستبراء ففى الوجوب قولان وله مراتب خمس:

الأولى: الحاصلة فى أول الحيض والمشهور عدم الوجوب.

الثانية: أن تكون تحت يده لكنها تخرج أو تكون لغائب أو مجبوب أو صبى أو امرأة أو مكاتبة فعجزت وهو المعبر عنه باستبراء سوء الظن وفيه قولان الوجوب لابن القاسم ونفيه لأشهب.

الثالثة: المطيقة الموطء والآيسة التى لا يحمل مثلها وفى وجوب الاستبراء روايتان لابن القاسم وابن عبد الحكم.

الرابعة: أن تكون من الوخش أو من العلى وهى بكر والوجوب فيهما حكاه ابن شاس ورآه اللخمى مستحبا.

الخامسة: أن يشترى ذات زوج فيطلقها مكانه قبل البناء وفى الاستبراء قولان لابن القاسم وسحنون.

السبب الثانى: غيبة الغاصب أو السابى عليهما وذلك موجب للاستبراء بلا مواضعة.

الثالث: الوطء الفاسد بالزنى والاشتباه.

الرابع: زوال الملك وإذا كانت الأمة موطوءة فعتقت إما بعتق السيد أو موته وهى أم ولد فعليها الاستبراء والموجب قرء واحد للمعتادة وهو الحيض على المشهور. والمرتابة بتأخير الحيض تمكث تسعة أشهر رواه ابن وهب. وروى ابن غانم تدعى لها القوابل بعد ثلاثة أشهر فإن قلن لاحمل بها حلت والمريضة والمرضع يمكثان ثلاثة أشهر فإن حصلت ريبة فتسعة وكذلك المستحاضة على المشهور فإن ميزت ففى انتقالها عن الأشهر روايتان لابن القاسم وابن وهب والمرتابة بحس البطن تنتظر تسعة أشهر إلا أن تذهب الريبة قبلها أو تتحقق الحمل فتنتظر الوضع وفى المدونة إذا زادت الريبة بالحس والتحريك زادت على تسعة أشهر حتى تذهب الريبة وقيل تنتظر أقصى أمد الوضع والصغيرة والآيسة يمكثان ثلاثة أشهر على المشهور وقيل شهر ونصف وقيل شهران وحكى ابن زياد فى الصغيرة تستبرأ بشهر وعلى قوله فتستبرأ الآيسة أيضًا بشهر.

* * *

كتاب الرضاع

حقيقته: معلومة.

حكمه: الوجوب على الأم إذا لم يقبل غيرها ثم إن كانت تحت أبيه أو فى عدة من طلاق رجعى لم تكن لها أجرة وإلا فلها الأجرة على الأب إن كان موسرا وإن كان للصبى مال فرضت أجرتها فى ماله وإن قبل غيرها وهى تحت أبيه أو عدة من طلاق رجعى وجب عليها أيضًا بغير أجرة ما لم يكن مانع من علو قدر أو مرض أو قلة لبن فيجب على الأب أن يأجر له فإن كان معسرًا لم يجب عليها أن تستأجر له من مالها. وفى الموارية ذلك عليها وإن كانت فى غير عصمة الأب فلها الأجرة على الأب فإن كان معسرا أو مات وليس للصبى مال وجب عليها على المشهور وليستحب فى الضئر أن تكون عفيفة ذات عقل سليمة من العيوب ويجوز استرضاع الحامل. وفى كتاب الإجارة إذا حملت الصغير انفسخت الإجارة وهذا يقتضى أنه لا يجوز، واختاره اللخمى قال لأن لبن الحامل مضر بالصبى وربما مات منه ولو لم يكن للصبى من يرضعه فإرضاعه والقيام بشئونه واجب على الكفاية.

حكمة مشروعيته: حفظ النفوس وتنبيه العبيد على أن من استسلم لأمر الله تعالى ولم يكن له من يقوم بحوائجه أنه لا يهله ألا ترى أنه أمر الأبوين بالقيام برضاع الصغير وبالقيام بشئونه فإذا كبر وقام بنفسه رد إلى حوله وقوته وإذا عجز أمر الولد القيام به وإذا كانت رحمته بنا فى الدنيا هكذا فنرجو من رحمته أن يرحمنا فى الآخرة حيث يحصل لنا العجز التام. ثم إن الرضاع ينشأ عنه تحريم الأمهات من الرضاع صونا للأمهات عن الابتذال بالوطء وتحريم من يرجع نسبه إليها من البنات والأمهات ويتم الكلام فى ذلك بذكر.

أركانه: وهى ثلاثة: المرضع والرضيع واللبان.

• المرضع:

ويشترط أن تكون أنثى على المشهور وقال ابن اللباد يحرم لبان الذكر ولبان البكر والآيسة وغير الموطوءة كغيره وكذلك الصبية وفى الجلاب إذا كانت لا يوطأ

مثلها لم تقع بلبانها حرمة.

• الرضيع:

يشترط أن يكون صبيا محتاجا إلى الرضاع فلا أثر لرضاع الكبير ولا لرضاع من استغنى بالفطام ولو رضع فى الحولين بعد استغنائه لم يحرم ما لم يقرب زمن الاستغناء من زمن الرضاع، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ يحرم ما دام فى الحولين ولو رضع بعد الحولين بمدة قريبة وهو مستمر الرضاع حرم وكذلك إذا رضع بعد يومين من فصاله وفى حد القرب خلاف الأيام اليسيرة وقيل مثل نقصان الشهور وقيل الشهر وفى المدونة الشهر والشهران وقيل والثلاثة والخلاف فى حال.

• اللبان:

ويشترط أن يبقى على حال خلقته وأن يصل إلى جوف الصبى فلا أثر لما فسد فى الثدى وإذا وصل اللبان إلى الجوف حرم فيحرم الوجور وهو ما صب من تحت اللسان واللدود وهو ما صب من جانب الشدق وفى السعوط والحقنة والاكتحال والصب فى الأذن ثالثها يحرم السعوط.

ثم إن الرضاع يحرم ما يحرم من النسب فالمرضعة أمه وزوجها أبوه ويشترط أن يكون ماؤه سببا لوجود اللبان ولكثرته فإن تزوجها ولا لبان لها أو كان لها لبان ولم يتقدم زوج فأصابها درت فهو بذلك أب فإن كان الوطء حراما يجب فيه الحد ولا يلحق فيه ولد لم يحرم ولو سقط فيه الحد ولحق الولد حرم كمن تزوج خامسة جهلا أو أخته من الرضاعة وإن كان يجب فى الحد ويلحق فيه الولد حرم على الرواية الأخيرة وهذا كله فى حق الواطئ أما الموطوءة فهى أم مطلقا والتحريم لا يتعدى إلى غير الرضيع بل يجوز لأخيه أن يتزوج أمه أو أخته من الرضاعة.

* * *

كتاب النفقات

حقيقتها: معلومة.

حكمها: الوجوب على ما سيأتى.

حكمة مشروعيتها: أما الزوجة فلمنعها عن المعاش واحتباسها فى بيته صونا لها واشتغالها بمصالحه وأما للقرابة فلضعف الولد كما مر ولإبرار الأبوين ومكافأتهما على فعلهما.

أركانها: ثلاثة المنفق والمنفق عليه ومقدار النفقة.

• **المنفق:**

من وجد فى حقه السبب والأسباب أربعة:

الأول: النكاح: ولا خلاف أن العقد سبب فى الوجوب ثم هل يستقبل بذلك أو لا بد من التمكين والحرية والمشهور أن التمكين شرط مع بلوغه وقدرتها على الوطء وقيل لا يشترط لقدرته عليه بالحكم وقال سحنون يجب لليتيمة بنفس العقد بخلاف ذات الأب وأما الحرية فإن كانا عبدين ففى وجوب النفقة على الزوج خلاف وإن كان الزوج عبدا وهى حرة ففى المدونة تجب عليه وقال أبو مصعب لا تجب واستحب مالك فى الموازنة أن يشترطها عليه بإذن السيد ثم هى فى ماله لا فى فضل خراجه إلا أن يأذن له سيده أو تكون تلك عادة ولو كان الزوج حرا وهى أمة فإن اشترطها أو اشترط هو أن تكون عنده لزمه وإلا ففى المذهب خمسة اللزوم فى المدونة ونفيه فى الموازية واللزوم إن كانت تأتيه قاله مالك أيضًا واللزوم فى الوقت الذى تأتيه فيه قاله ابن الماجشون وقال أيضًا نفقتها وكسوتها على أهلها وعليهم يرسلوها فى كل أربع ليال مرة وعليه نفقة تلك الليلة وعدم قدرتها على الوطء مانع كالرتقاء فإذا علم برتقها قبل البناء لم تجب عليه نفقتها لأن له الخيار إلاَّ أن تعالج نفسها وليس المرض بمانع وإذا توجه الدخول فامتنع ففى لزوم النفقة له بنفس الامتناع أو حتى يوقف قولان لمالك وأشهب.

الثانى: القرابة: ويختص الوجوب بالأبوين وأولاده لصلبه وتجب للأبوين وإن

كانا كافرين على المشهور ثم حيث قلنا بالوجوب فلا بد من أربعة شروط:

الأول: أن يكون موسراً بما يزيد على مقدار حاجته لا يباع عليه فى ذلك عبده ولا عقاره إذا لم يكن فيهما فضل عن حاجته ولا يلزمه أن يتكسب لذلك.

الشرط الثانى: أن يكون المنفق عليه فقيرا والأب إذا كان له دار وخادم لا فضل فى ثمنهما فقير وعلى الأب إثبات عدمه فإذا أثبته فهل يحلف يمين الاستبراء أو لا قولان. وقال ابن لبابة يحلف والعمل على عدم اليمين لأنه عقوق ولو ادعى الابن العدم فهل عليه أن يثبته أو يقال للأب أثبت أنه ملى قولان لابن العطار وابن الفخار.

الثالث: أن يكون عاجزا عن التكسب.

الرابع: أن يكون الابن صغيرا.

السبب الثالث: الملك: وتجب على السيد نفقة رقيقه ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون.

السبب الرابع: الالتزام: ومن التزم لرجل نفقة عمره أو مدة معلومة لزمه ما التزم فإن طلب الملتزم له الكسوة فأفتى ابن زرب باللزوم ورأى أن التزامه للنفقة يستلزم الكسوة وأفتى ابن سهل بعدم اللزوم.

• المنفق عليه:

قد علم مما تقدم ثم حيث وجبت للأب وكانت له زوجة أو خادم فعلى الابن نفقتهما فإن كانت زوجتان أنفق على واحدة فإن كانت أحدهما أمه أنفق عليها وينفق على خادم أمه وخادم زوجة أبيه لأنها تخدم أباه وعليه إخدامه. وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه أن ينفق على خادم أبيه وفى نفقته على زوجة الولد خلاف وهل يلزمه إخدام ولده إن كان يليق بمثله قولان وإذا كان زوج أمه فقيرا فعلى الابن نفقتها وإن كان مليا فقال لها لا أنفق عليك فإن جلست بلا نفقة أو مرت ولم يلزم الابن نفقتها إذ يتهمان على مضرة الولد فإن قام بدليل على صحة قوله مثل أن تكون مسنة والزوج شاب لزمته، ولو تصدق الأب بماله على أحد بنيه ثم طالب الآخرين بالنفقة فقال اللخمى لهم أن يردوا فعله.

• الركن الثالث: فى مقدار النفقة:

للزوجة مع النفقة ما لا بد لها منه وذلك ستة أنواع:

الأول: الطعام: وهو مما جرت عادتهما به فى وقتهما وبلدهما من بر أو شعير أو ذرة أو تمر وقدره معتبر بحال الزوجين والبلد والسعر وما وقع من خلاف فلتغيره ورب رجل ضعيف وسعر عال فيكون لها الوسط من الشبع على قدر حال الوقت والزوجين. وقدر مالك المد فى اليوم. وقدر غيره من أصحابه مدا وثلثا وقدر ابن القاسم ويبتين ونصفا فى الشهر إلى ثلاث ويبات وفى الويبة اثنان وعشرون مدا بمده ﷺ لأن مالكا بالمدينة وابن القاسم بمصر وقال مالك فى الموازية يفرض فى بلدنا فى اليوم مد بمد هشام وهو مد وثلث بمده ﷺ، وقال ابن القاسم فى المدونة هو مدان غير ثلث وقال معن بن عيسى هو مدان وإذا كانت المرأة أكولة جدا فعليه أن يشبعها أو يفارقها حكاه ابن يونس ويجرى الزوج ذلك لها على قدر حاله إما باليوم أو بالجمعة أو بالشهر.

الثانى: الإدام: ويفرض منه ما تمس الحاجة إليه على قدر حالهما فيفرض الزيت للأكل والاستصباح واللحم المرة بعد المرة ويفرض الحطب والماء للشرب والغسل ويجمع أثمان ذلك يعطيها دراهم.

الثالث: آلة الزينة: كحناء وكحل ومشط قاله ابن حبيب وقال ابن القاسم ليس عليه مشط ولا مكحلة ولا نصوح ولا صباغ.

الرابع: السكنى: وعليه إسكانها بموضع يليق بها إما بملك أو بكراء.

الخامس: الإخدام: إن كانت ذات قدر فى نفسها وصداقها والزوج ملى وإن كانت ممن يخدم مثلها فليس عليه إخدامها وعليها هى الخدمة الباطنة من عجن وكنس وطبخ وفرش وشبه ذلك.

السادس: الكسوة: للشتاء والصيف والغطاء والوطء بحسب حالها والسرير لخوف براغيث أو عقارب.

اللواحق

وهى هنا العجز عن النفقة ومسقطاتها بعد وجوبها فأما قيامها بالنفقة فقد تقدم فى الطلاق، وأما مسقطاتها فثلاثة: الإعسار والنشوز والطلاق البائن.

الأول: الإعسار:

ولا رجوع للمرأة بما أنفقته على نفسها أو على بنيها فى حضرة الرجل أو فى غيبته إذا كان فقيراً بخلاف ما أنفقته عليه نفسه إلا أن يرى أن ذلك على معنى الصلة ثم حيث أوجبنا لها الرجوع فترجع بما ليس بسرف فإن أنفقت سرفا كدجاج وخراف قضى لها بالمعتاد ولو كان موسرا ثم أعسر استقر الماضى فى ذمته والقادر بالتكسب كالقادر بالمال إن تكسب ولا يقضى عليه بالتكسب.

الثانى: النشوز:

وهو مسقط على الرواية المشهورة. وفى المتيطية الأشهر أن لها النفقة ابن القابسى إن قدر على ردها فلم يفعل لم تسقط وإلاَّ سقطت ومنع الوطء والاستمتاع نشوز والخروج بغير إذنه نشوز.

الثالث: الطلاق البائن:

بخلاف الرجعى وإن طلقت بالإيلاء فلها النفقة بخلاف الرجعى وقال ابن الماجشون وأصبغ لا نفقة لها إلاَّ أن تكون حاملا وإذا كانت حاملا فلها نفقة الحمل والكسوة فإن بقى من مدة الحمل بعد الطلاق شىء نظر ما يخصه من الكسوة فيعطيها دراهم فإن كانت مرضعة فلها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع ولا نفقة لحمل أمة وإن كان الزوج حرا ولا نفقة لحمل المتوفى عنها وتسقط نفقة القرابة بالاستغناء وباحتلام الذكر عاقلاً غير زمن بما يمنع التكسب ونفقة الأنثى تسقط بتوجهها على زوجها.

* * *

كتاب الحضانة

حقيقتها: لغة: الحفظ والصيانة. وشرعًا: صيانة العاجز والقيام بمصالحه.

حكمها: الوجوب على الأب وحده وعلى الأم فى حولى رضاعه إذا عدم الأب ولم يكن له مال ولم يقبل غيرها ومن ليس له أب معروف فحضانته كفاية على الناس أجمعين.

حكمة مشروعيتها: صيانة المولود والتنبيه على سعة رحمة الله تعالى لعباده كما تقدم تقريره.

أركانها: المحضون والحاضن.

المحضون: من عجز عن القيام بنفسه ومظنة ذلك الصغر والجنون والبكارة.

الحاضن: يشترط فيه سبعة شروط: العقل والأمانة والكفاية والسلامة من العاهات التى يخشى حدوث مثلها بالولد والحرز بالنسبة إلى الأنثى إذا بلغت حد الوطء وخلو المرأة عن زوج دخل بها وأن تكون للرجل زوجة أو سرية ويكون من الأنثى ذا محرم وفى كون الحضانة حق للحاضن أو المحضون وقيل هى حق لهما وعلى الروايتين يجرى الخلاف فى إسقاط الحاضن أو المحضون روايتان وقيل هى حق لهما وعلى الروايتان يجرى الخلاف فى إسقاط الحاضن حقه من الحضانة والخلاف فيما إذا سلمها لغيره وثم من هو أحق وظاهر قوله فى المدونة أنها تكون لمن أسلمها لأنه قال فى الأم تصالح زوجها على أن يكون الولد عنده أن ذلك جائز ويكون الولد عنده وعليهما اختلف أيضًا فى ابن الملى والأم الملية هل تستحق من ماله شيئًا أو لا فإن قلنا هى حق للولد استحقت ثم إن استغرقت أوقاتها فى حضانته فلها النفقة أو لا فأجرة. وإذا وقع التزاحم فى الحضانة بين النساء قدمت الأم ثم أمها ثم جدة الأم لأمها وإن علت ثم الخالة ثم خالة الخالة على أحد القولين ثم الجدة للأب ثم جدة الأب لأبيه ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ والأخت الشقيقة أولى ثم الأخت للأم ثم الأخت للأب على القول أن لها حقا فى الحضانة وإن وقع بين الرجال قدم الأب ثم الأخ ثم الجد للأب ثم ابن الأخ ثم

العم ثم المولى الأعلى ثم الأسفل والوصى مقدم على سائر العصبات فى الذكر وفى الأنثى إن كان منها ذا محرم. وإن وقع بين الصنفين فتقدم الأم وأمها على جميع الرجال وتقدم جميع النساء على جميع الرجال خلا الأب واختلف فى تقديم الأب على من عدا الأم وأمها على أربعة فقال مالك فى الموازية الأب مقدم وقال فى الواضحة لا حق له مع جميع النساء وفى المدونة يقدم على الأخت ومن بعدها وقال ابن القاسم تقدم عليه الخالة ويقدم هو على أمه وهو المشهور وعلى الأب أن يدفع للحاضنة ما يحتاج إليه محضونها من نفقة أو كسوة وثياب الرقاد إذا بلغ حدا لا يجوز له أن يبيت معها عريانًا قال فى المدونة ويدفع إليها أيضًا أجرة الخدمة إن كان يقدر على الإخدام. وفى كراء المسكن ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كان موسرا لزمته وإلاَّ فلا وإذا فرعنا على المشهور لوجوبها على الأب فهل يكون جميعها عليه أو ما ينوب للولد قولان وإذا قلنا الواجب ما ينوب الولد فهل على عدد الرءوس أو على قدر الانتفاع قولان ليحيى بن عمر وغيره قال سحنون هى عليهما ولا تكون نصفين ولكن على قدر ما يجتهد.

اللواحق

وهى مسقطات حق الحاضن من الحضانة هى سبعة أسباب:

الأول: أن يتركه استثقالا قال مالك فى الابن يبقى مع أبيه والأم متنحية عنه فلما فات الأب أرادت الأم أخذه ليس لها ذلك.

الثانى: بلوغ الذكر عاقلاً صحيحًا ولا تسقط بالاثغار على الرواية المشهورة.

الثالث: دخول الزوج بالأنثى.

الرابع: سفر الولى إلى موضع بعيد سفر نقلة والموضع آمن ممن يكون فرارًا وذلك مسقط لحق الحضانة إذ لا يجوز السفر له إلى مثل ذلك ثم إذا أراد السفر فهل يمكن من ذلك أو حتى يثبت أنه استوطن ذلك الموضع فى ذلك قولان للأندلسيين قال سحنون ويكشف عن انتقاله كشفا بينا فإن تعين ضرره منع وإن كان خروجه حقيقة لا مضرة فيه على الأم لم يمنع وإذا أرادت الحاضنة أن تسافر

معه بقيت على حضانتها.

الخامس: انتقال الحاضنة إلى موضع بعيد.

السادس: سكنى الجدة مع أم الطفل على الرواية المشهورة حكاه صاحب مفيد الحكام.

السابع: زواج الحاضنة على المشهور ودخول الزوج بها وإذا قلنا بالسقوط فهل مطلقا وهو قول أصبغ أو إنما يسقط إذا لم يكن الزوج جدا للطفل وهو المشهور.

* * *

obeikandl.com

كتاب البيوع

نقل الملك بعوض قاله المازرى وفيه نظر لان نقل الملك مسبب عن البيع والمسبب لا يكون نفس السبب.

حكمه: الجواز من حيث هو بيع.

أركانه: ستة: الصيغة، والعاقد ويتناول البائع والمبتاع، والمعقود عليه ويتناول الثمن والمثمن، ونفس العقد.

الأول: الصيغة

وهى من البائع ما يدل على الإيجاب ومن المبتاع ما يدل على الرضاء، ولا يشترط اللفظ بل تكفى المغاطاة وبعنى فيقول بعتك فإن قال الراغب لا أرضى فقال ابن القاسم يحلف ما أراد الاشتراء ثم لا يلزمه شىء فإن نكل لزمه البيع.

الركن الثانى: العاقد

وهو إما أن يتولى العقد بنفسه أو يتولاه غيره عنه إما بوكالة أو بغير وكالة أو بتولية فإن تولاه بنفسه فيشترط فى انعقاده التمييز والإسلام بالنسبة إلى اشتراء المصحف والمسلم فإن وقع صح الاشتراء وأجبر على البيع. وقال مالك فى الواضحة يفسخ وعليه أكثر أصحابه ويلحق بذلك آلة الحرب والخشبة لمن يعملها صليبا والدار لمن يعملها كنيسة والعنب ممن يعصره خمرا. ومنع فى المدونة أن يشترى منهم بالدنانير والدراهم المنقوش عليها اسم الله تعالى وأجازه ابن القاسم ويشترط فى اللزوم الرشد والطوع فلا يلزم بيع المحجور وفى بيع السفيه إذا لم يكن فى ولاية ثلاثة اللزوم لمالك وأكثر أصحابه وعدمه لابن القاسم وهو المختار وعدمه إن كان ظاهر السفه لأصبغ وإذا قلنا بعدم اللزوم فى المحجور فكان ظاهر الرشد فبيعه لازم عند ابن القاسم والمشهور أنه غير لازم وينظر فيه وصيه فإن رآه سدادا أمضاه وإلا رده ثم إذا رده الوصى فلا يكون للمبتاع عليه شىء إلاَّ أن يجد بيده

وتشهد البينة على عينه فإن أنفقه فى مصالحه وقامت بذلك بينة رجع به على المشهور، وقال ابن القاسم فى المبسوط لا يرجع ولا يلزم بيع المجبور على البيع جبرا حراما ويخير فيه المكره بعد أمنه فإن أجازه جاز وإلا بطل ولم يكره على البيع بل على دفع مال ظلما فباع ليؤديه وهى مسألة المضغوط فنص ابن القاسم ومالك أنه يأخذ متاعه بلا ثمن. وأفتى اللخمى فإن بيعه ماض وهو قول السيورى. ورأى أن من اشترى منه ليخلصه من العذاب مأجوراً ولو كان الجبر جائزاً مضى بيعه بلا خلاف كجبر القاضى المديان وكجبر السلطان عما له الظلمة وإن تولاه غيره بوكالة فذلك لازم ولا يشترط فى الوكيل أن يكون رشيداً ويشترط أن يكون طائعًا وإن تولاه بغير وكالة وهو بيع الفضولى أو شراؤه فالمشهور أنه موقوف على رضاء المالك وقيل بل يفسخ وإن تولى ذلك بتولية فإما الأب والوصى والكافل والحاكم فأما الأب فيجوز بيعه عن صغار بنيه وأبكار بناته واشتراؤه لهم وفعله أبدا محمول على السداد ما لم يظهر خلافه إلاَّ أن يكون المبيع ملكا له فيحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه والوصى أضعف رتبة من الأب وفعله محمول على السداد على المشهور. وقال إسماعيل القاضى يجوز لولى الأب بيع عقار محجوره بخلاف وصى القاضى وإذا قلنا بالجواز فإنما يجيزه عند وجود سبب من هذه الأسباب العشرة: وهى الاحتياج إلى النفقة والكسوة وغزارة الثمن واشترط الغرناطى أن يكون زائدا على الثلث وخوف السقوط إذا لم يكن له مال يصلحها منه وضرر الشركة وتعذر القسمة فيريد أن يشترى ملكا مستقلا والخوف من السلطان وأن يكون الملك مثقلاً بالمغرم فيريد أن يشترى له بثمنه حرا وأن يكون مما لا تعود عليه منه فائدة فيبتدل بثمنه ما فيه الفائدة وأن تكون الدار بين اليهود ويشترى بثمنها دارا بين المسلمين والخوف على الدار أن تنزل وأن يدعو الشريك إلى البيع والملك لا ينقسم أو ينقسم قسمة ضرر وليس بيده ما يسترده به زاد ابن عات وأن يكون مال المشترى حلالا. وأما الكافل ففى بيعه أربعة الجواز إذا أحسن النظر ولم يتهم رواه ابن الماجشون والمنع قاله ابن القاسم فى المدونة والجواز فى بلد لا سلطان به قاله ابن الهندى والجواز فى يسير الثمن قاله فى العتبية وبه العمل وأما القاضى فله البيع على اليتيم والغريم بعد ثبوت الموجب.

الركن الرابع: المعقود عليه

وهو ضربان: مضمون ومعين.

الأول: المضمون

وهو السلم ويتصل به القرض.

وحقيقته: دفع عين فى دين.

وحكمه: الجواز بسبعة شروط:

الأول: تقديم رأس المال وقبضه بمجلس العقد أفضل ولا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام بشرط فإن وقع فسخ ويجوز تأخيره ثلاثة أيام بشرط ولو تأخر بغير شرط وكان معينا كحيوان أو عرض أو طعام جاز ولو إلى الأجل وكره فى المدونة تأخير ما يغاب عليه كالثياب والطعام قال بعضهم إنما كره ذلك إذا كانت الثياب غائبة ولم يكل الطعام وأما إذا كانت حاضرة وكيل الطعام لم يكره ولو كان غير معين كالنقدين وتأخر جميعه فإن قبض بعد زمن يسير جاز وإن طال أو حل الأجل فثلاثة. الفسخ فى المدونة وعدمه فى الموازية والفسخ إن لم يتعمده أحدهما وإن تعمده أحدهما لم يفسخ وبه قال ابن وهب وابن حبيب يريد ويكون الخيار للآخر وإن تأخر البعض فإن كان الأكثر أو النصف فسد على المشهور وإن كان الأقل جدا على القولين فى إعطاء الأتباع حكم متبوعاتها أو حكم أنفسها.

الثانى: أن يكون فى الذمة فلا يسلم فى معين.

الثالث: أن يكون إلى أجل معلوم فلا يجوز السلم الحال وأقل أجل السلم خمسة عشر يوما على المشهور لأن الأسواق تختلف فيها غالبا فإن وقع إلى يومين أو ثلاثة ففى فسخه قولان لابن القاسم وأصبغ. ويجوز التأجيل إلى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج لأنه معلوم بالعادة والمعتبر ميقات معظمه لا الفعل.

الرابع: أن يكون مقدورا على تحصيله عند حلول الأجل فلا يسلم فى فاكهة الصيف ليأخذها فى الشتاء.

الخامس: أن يسلم الشىء فى أكثر منه لأنه سلف بزيادة ولا فى أقل منه لأنه

ضمان بجعل وكذلك سلم الشىء فى أجود وأردى على الأصح والمتملكات كلها إذا نسبت بعضها إلى بعض فإن اختلفا جنسا ومنفعة فأجيز مطلقا وإن اختلفا جنسا واتفقا منفعة كالبغال والحمير وثوبى الكتان والقطن المتقاربين فابن القاسم جعلهما جنسا واحدا وابن حبيب جعلهما جنسين وكذلك فعل ابن القاسم فى كتاب القسمة فقسم البغال وحدها والحمير وحدها فجعلهما جنسين احتياطا فى البابين وإن اتفقا جنسا واختلفا منفعة فأجيز لأن المقصود من الأعيان المنافع واختلافهما يصير الجنس الواحد جنسين ويتصور ذلك فى الحيوان والعروض.

السادس: أن يكون معلوم المقدار بعادته من كيل أو وزن أو عدد أو ذرع أو تقدير بأحمال أو حزم فى البقول والقصيل فلا يجوز السلم فى الجزاف ووقع فى المدونة جواز السلم فى اللحم تحريا واعترض بأنه سلم فى جزاف وإذا قلنا بذلك فيقول أسلمت إليك فى لحم ضأن قدره عشرة أرطال وبهذا يفارق الجزاف.

السابع: أن يصفه بالصفات التى تختلف القيمة باختلافها اختلافا يتغابن بمثله فى السلم ولا يذكر منها ما يؤدى إلى عزة الوجود ويطرح ما ضده عيب ويرجع فى ذلك إلى العوائد ويشترط أن تكون تلك الأوصاف معلومة لغير المتعاقدين.

الاقتضاء

ويتعلق النظر فيه بالزمان والمكان والصفة:

الزمان: ولا يلزم دفعه قبل محله فإن طاع به لم يلزم الآخر فيقوله إن كان مما فيه موته وألزم المتأخرون قبوله إن لم يبق إلاَّ يوم أو يومان ولو كان عينا لزمه قبوله ولو أتاه ببعضه بعد حلوله وكان عديما لزمه أخذه وإن كان مليا فقال لا آخذ إلا جميعه ففى إلزامه الأخذ قولان لابن القاسم وأشهب.

المكان: إن شرطا موضعا معينا لزمه القضاء فيه وإن لم يشترطا شيئًا لم يفسد السلم على المشهور وإن اختلفا فيه مع اتفاقهما على موضع السلم فثلاث روايات سوق السلعة فإن لم يكن لها سوق فحيثما شاء المسلم إليه وبه قال ابن القاسم ودار رب السلم وبه قال سحنون وحيث قبض رأس المال وقاله ابن القاسم أيضا. وإذا ظفر به فى غير بلد العقد واتفقا على القضاء فيه ويدفع المسلم إليه كراء الحمولة لم

يجز فى الطعام ويدخله بيعه قبل قبضه وينبغى أن يكون الحكم كذلك فى العروض التى لها حمل ويدخله حط عنى الضمان وأزيدك، وأن يدفع كراء الحمولة جاز فى العروض وكذلك الطعام إن حل الأجل، وإن لم يحل لم يجز قاله فى الواضحة وإن طلب رب السلم التعجيل وأبى عليه الآخر فقال أشهب إن كان سعر البلدين واحدا وكان فى وضع اللقاء أرخص جبر على الدفع فإن كان له فى التأخير فائدة لم يجبر ولو طلب ذلك المسلم إليه لم يجبر رب السلم فيما يحتاج إلى حمل ومؤنة ويجبر على أخذ العين إلا أن تكون له فى التأخير فائدة كخوف الطريق واختلف فى العروض التى لا مؤنة فى حملها فألحقها فى المدونة بما فيه مؤنة وألحقها فى غيرها بالعين.

الصفة: إن قضاه بالجنس قبل الأجل جاز بالمثل لا بأجود ولا بأردى وجاز بصنف المسلم فيه لا بأقل ولا بأكثر وإن قضاه بالجنس بعده جاز بأردى وبنوع آخر ووجب بأجود فإن كان طعامًا فقضاه أدنى صفة وأكثر كيلاً أو أجود صفة وأقل كيلا لم يجز وإن قضاه أدنى صفة وأقل كيلا فإن خرج ذلك مخرج المبائعة لم يجز وإن خرج مخرج المسامحة جاز وإن قضاه غير الجنس بعد الحلول جاز بثلاثة شروط.

الأول: أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه فلا يجوز أن يأخذ ثوبًا عن طعام.

الثانى: أن يكون المقتضى مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال فلا يجوز أن يأخذ طعاما ورأس المال طعام ولا ذهب ورأس المال ورق ولا العكس.

الثالث: أن يكون المقتضى مما يباع بالمسلم فيه يدًا بيد فلا يجوز أخذ اللحم عن الحيوان ولا العكس وهما من جنس واحد ويزاد على هذه الشروط الثلاثة قبل الأجل شرط رابع وهو أن يكون المقتضى مما يباع بالمسلم فيه إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ من صنف ما أسلم فيه أعلى ولا أدنى. ثم حيث اشترطنا ذلك فهل يشترط أن يبقى بعد زمن الاقتضاء وبين أجل المسلم وبين عقد السلم وبين زمن الاقتضاء مقدار أجل السلم أو لا قولان.

تنبيه: هذه التفرقة بين حلول الأجل وعدم حلوله جارية على المشهور فى عد المعجل مسلفا حتى يأخذ من ذمته. وأما على رأى إسماعيل القاضى فلا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله.

القرض

دفع عين فى مقابلة دين على وجه المعروف وكل ما صح أن يسلم فيه صح أن يقرض منه إلا الجوارى وقيد ابن عبد الحكم المنع بما إذا أقرضهن لغير ذى محرم. قال الأشياخ وليس قوله بخلاف قالوا وكذلك قرضهن النساء وللصبى يقرض له وليه أو تكون الجارية صغيرة لا يوطأ مثلها. وإذا أقرض الجارية لغير من ذكر فإن لم يطأها ردت وإن وطئها فات الرد وعليه قيمتها على المنصوص وقد اختلف المتأخرون فيما يأخذه عن فاسد القرض فأكثرهم على أخذ المثل فى المثلى والقيمة فى غيره. وقال ابن محرز بل يأخذ المثل ثم يباع ويأخذ ثمنه كان مثل القيمة أو أنقص وشرط صحته أن لا يجر منفعة للمقرض فإن كانت المنفعة لهما فقولان وذلك كالسفاتج والمشهور من قول مالك المنع وكسلف المسوس والعفن فى المسغبة ليأخذ طيبا وشبه ذلك.

تنبيه: المقرض مخير فى رد عين ما أخذ بعد الانتفاع به مدة الشرط ما دام على صفته أو يرد مثله مثليا كان أو متقوما.

الضرب الثانى: المعين

ويشترط فيه عشرة شروط أن يكون طاهرا وأن يكون منتفعا به وأن يكون مقدورا على تسليمه وأن يكون معلوما للمتعاقدين وأن يكون مقبوضا إن أخذه من دين أو كان طعاما من بيع وأن لا يقترن بمناف وأن لا يقترن به شرط مفسد. وأن لا يتعلق به حق لأحد. وأن يكون خليا عن الربا وأن يكون خليا عن القصد إلى ظاهر جائز ليتوصل به إلى باطن ممنوع.

الشرط الأول: أن يكون طاهرًا:

فلا يجوز بيع النجس وفى المتنجس كالزيت تخالطه نجاسة ثلاثة الجواز لابن وهب والمنع لمالك والجواز من غير مسلم.

الثانى: أن يكون منتفعًا به انتفاعًا مباحًا:

فإن كانت المنفعة محرمة كآلات اللهو فسخ فيها وكسرت وأدب أهله وكذلك الصور المنهى عن اتخاذها قال القاضى عياض وأرخص فى البنات التى يلعب بها الجوارى فأجاز أكثر العلماء بيعها وكرهه مالك ورأى أن الرخصة فى اللعب لا فى أن تتخذ متجرا واختلف فى بيع المريض المخوف والحامل المقرب بناء على عدم المنفعة أو وجودها وفى بيع كتب الفقه ثلاثة الكراهة فى المدونة والجواز لابن عبد الحكم والمنع لابن دينار.

الشرط الثالث: أن يكون مقدورًا على تسليمه:

فلا يباع المعجوز عن تسليمه حسا أو شرعا كآبق وشارد وكذلك المغصوب إلا من غاصبه وكذلك الطير فى الهواء والسمك فى الماء وكبيع الأم دون ولدها. أو حسا وشرعا كبيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وغير ذلك مما ورد فيه النهى.

الرابع: أن يكون معلومًا للمتعاقدين:

وقد ورد النهى عن بيع الغرر وهو ما تردد بين السلامة والعطب والغرر إما أن يرجع إلى الجهل بحصول المبيع ويعبر عنه بعدم القدرة عن التسليم وقد تقدم. وإما أن يرجع إلى الجهل به أو بصفته وهو المراد هاهنا ولاخلاف فى إبطال العقد بالغرر الكثير وأما اليسير فمعفو عنه وما وقع من خلاف فى آحاد الصور ففى شهادة بالكثرة والقلة. ثم الثمن والمثمون إما أن يكونا معلومى الجملة والتفصيل أو مجهولى الجملة والتفصيل أو مجهولى الجملة دون التفصيل أو العكس فإن كانا معلومى الجملة والتفصيل جاز، ثم الطرق المفضية إلى العلم أربعة:

الأولى: الرؤية وتكفى فى رؤية المثلى كالقمح والشعير ونحو ذلك ورؤية بعضه وتكفى أيضًا رؤية الصوان كقشر الرمان والجوز واللوز ولو رأى شيئا ظنه من صنف فإذا هو من غيره مثل أن يرى حجرًا فظنه جوهرة فإذا هو خرزة لم يكن له مقال على الظاهر من المذهب وقيل له الرد قال ابن حبيب إن قال من يشترى هذا الحجر فإذا هو ياقوتة لم يكن له مقال لأن الياقوتة حجر وسواء أعلم المبتاع به أو لم يعلم وإن قال من يشترى هذه الزجاجة فله الرد علم المبتاع أو لم يعلم فأما إن سكت أو قال حجر لم يكن له مقال. واختلف فيمن جهل السوق هل له مقال أم لا.

الطريق الثانية: الصفة وإذا تعذرت الرؤية مطلقا جاز البيع على الصفة كالأعمى وإن تعذرت حالة التبائع جاز عندنا خلافا للشافعى واختلف فى بيع الغائب على غير رؤية ولا صفة إذا اشترط المشترى خيار الرؤية على قولين والجواز ظاهر المدونة وقول جل الأصحاب وأنكره الشيخ أبو بكر والقاضيان ثم الغائب إن كان بعيدا جدا كإفريقية من خراسان لم يجز مطلقا وإن كان قريبا جدا ولا مشقة فى رؤيته لم يجز على الأشهر وإن كان فى رؤيته مشقة جاز على الأشهر وقد أجاز فى المدونة أن يعقد فى السوق على سلعة فى بيته ومنعه فى الموازية ومحمل ما فى المدونة على أن فى رؤيتها مشقة والمشهور جواز بيع الأعدال على البرنامج بخلاف الساج المدرج وإن كان متوسطا جاز بثلاثة شروط أن يكون المبتاع يعلم ما وصف له وأن يصفه بالصفات التى تختلف فيها الأغراض وتتباين بسببها الأثمان وأن يصفه غير البائع قاله فى الموازية وجعل ابن رشد هذا شرطا فى جواز النقد لا فى جواز البيع ثم إن وجد على الصفة لزم وإلا لم يلزم والنقد جائز إذا كان الثمن مما يصح قرضه ولم يكن شرط وإن كان مما لا يصح قرضه كالدار والجزاف لم يجز ولو طاع المبتاع بتعجيل ذلك فسد البيع قاله اللخمى وإن نقد بشرط فقال أشهب يجوز فيما قرب وقال ابن القاسم يجوز مطلقا. وقيده ابن رشد بما إذا وصفه غير البائع وفى ضمان الغائب أربعة قال مالك من البائع وقال أيضًا من المشترى وقال أيضًا العقار من المشترى وغيره من البائع وقال ابن حبيب العقار وما قربت غيبته من غيره مما يجوز النقد فيه من المبتاع وما كان بعيد الغيبة لا يجوز اشتراط النقد فيه من البائع.

الطريق الثالثة: الحزر والتخمين والمبيع إذا كان متعينا لا غرض فى آحاده أو قلت أثمان الآحاد جاز بيعه جزافا بشرط أن يكون المتبائعان جاهلين بالمقدار وأن يكونا ممن اعتاد الحزر والتخمين وما وقع من خلاف فى آحاد الصور ففى شهادة فيجوز بيع القمح فى سنبله إذا ابيض واستغنى عن الماء خلافًا للشافعى فى أحد قوليه ولو حصد وجعل قبضا فقولان ولو حصد وكدس بعضه على بعض فإن كان المبتاع رآه قائما جاز وإلاَّ فقولان حكاه ابن الحاجب وحكى القاضى عياض المنع باتفاق ولو كان فى تبينه لم يجز بالاتفاق ولو كانت دكة تحت الصبرة تمنع التخمين وعلما بها منع وإلاَّ فللمشترى الخيار. ويجوز بيع المعدود كالبيض والرمان والتين

والقثاء والموز والأترج والبطيخ وصغار الحيتان جزافا إذا كثر وشق عدده وأما إن أحاط الناظر بعدده أو عظمت آحاده فلا.

الطريق الرابعة: الكيل والوزن والعدد والذرع وكل واحدة من هذه توصل إلى العلم بمبلغ البيع ويباع كل صنف بما جرت عادته أن يباع به وإن كانا مجهولين جملة وتفصيلا فذلك غير جائز اتفاقا كتراب الصواغين وكزنة حجر مجهول والكيل بمكيال مجهول، وإن كانا معلومين جملة لا تفصيلا. ومثاله أن يشترى عبدين لرجل بثمن واحد صفقة واحدة فالمشهور من قول ابن القاسم المنع وقال أيضًا يصح وعلى المنع فيفسخ فإن فات مضى بالثمن وقسطا الثمن على قيمة سلعة كل واحد منهما كفعلهما إذا قلنا بالصحة وقيل لكل واحد قيمة سلعته مجردة وهو اختيار التونسى وإن كانا معلومين تفصيلاً مجهولين جملة جاز. مثاله أن يبيعه هذه الصبرة كل صاع بكذا.

الشرط الخامس: أن يكون مقبوضًا:

إن أخذ من دين أو كان طعامًا من بيع أو ما هو فى حكم البيع وقد ورد النهى عن الكالئ بالكالئ وحقيقته بيع فى الذمة بشىء مؤخر وتقدير المذهب أن الدين إذا ثبت فى الذمة فأخذ الغريم به شيئًا فإن كان مضمونا فإنه حرام إجماعا وإن أخذ عنه معين كدار غائبة وثمرة يتأخر جذاذها وجارية تتواضع وعبد مبيع على العهدة أو على الخيار فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وإن أخذ منه منفعة عين كسكنى هذه الدار أو خدمة هذا العبد مدة معلومة فالمشهور المنع وروى أشهب الجواز وبه أخذ.

وقد ورد النهى أيضًا عن بيع الطعام حتى يستوفى وذلك فيما بيع كيلا أو وزنا دون ما بيع جزافًا إذا خلى البائع بينه وبينه. وألحق ابن أبى سلمة كل ما فيه حق توفية ومنعه ابن وهب فى الربوى خاصة . وتستثنى من ذلك الإقالة والتولية والشركة وقيل إلا الشركة فينزل المولى منزلة المشترى ولا يجوز أن يكون بين العقدين افتراق فى مقدار ولا أجل ولا غيره قال مالك وكل طعام من بيع ورثته أو وهب لك أو تصدق به عليك أو أعطيته سلفا أو قضاء من سلف فلا تبعه حتى تستوفه والمأخوذ فى الصلح عن دم عمد أو خلع فى حكم المبيع. وإذا وقع بيع

الطعام قبل قبضه ولم يقدر على استرجاعه من مبتاعه لغيبته أخذ الثمن من البائع الآخر واشترى به طعام مثله ويدفع إليه فإن نقص عن مقدار طعامه اتبع الغائب بالنقض وإن فضل من الثمن شيء وقف للغائب.

الشرط السادس: أن لا يقترن بمناف وله صور:

الأولى: ألا يجتمع مع عقد من عقود ستة يجمعها قولك «جص منقش» وهى الجعالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح والقراض وهذا قول ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب.

الثانية: أن يقترن به محرم كسلعة وخمر والمشهور بطلان الصفقة كلها وقيل يصح فى السلعة بقسطها من الثمن.

الثالثة: أن يقترن به سلف فإن سمح مشترط السلف فى اقتضائه ولم يسمح بإسقاطه فسخ وإن سمح بإسقاطه مضى على المشهور وقيل يفسخ وقال سحنون إن قبضه وغاب عليه رده وفسخ البيع وإن لم يقبضه لم يفسخ.

الشرط السابع: أن لا يقترن به شرط مفسد:

كشرط أن لا يبيع ولا يهب وشبه ذلك مما فيه تحجير مناف لمدلول العقد فإذا وقع فإن لم يترك لأجله شيئًا من الثمن فلا تأثير له. مثاله أن تكون دارا فيشترط أن لا يسكن فيها معه أحد ولا ضرر على الدار فى ذلك إذ ليست بغرفة ضعيفة الخشب وقد جعل فى المدونة هذا الشرط كعدمه إذ ليس له حصة من الثمن وكذلك إذا أقاله على أن يرد عليه دراهمه بأعيانها ولعل القائل بصحة الشرط فى السكنى والإقالة رأى أنه ترك لأجل الشرط ما هو فى حيز القلة وذلك يصح لقلة الغرر فيه وأما ما يترك من الثمن بشيء كثير فالصحيح المنع إذ هو غرر مقصود قارن العقد فيوجب أن يبطله فلو استأجر راعيا واشترط عليه الضمان فسدت الإجارة وإلى هذا الأصل ترجع مسائل الشروط كلها وما وقع من خلاف ففى شهادة هل ترك من الثمن لأجل الشرط شيء أم لا وهل المتروك فى حيز القلة أو الكثرة والمسائل التى يصح فيها البيع ويبطل الشرط تسعة: مسألة سكنى الدار والإقالة المتقدمتين وبيع الثمرة على ألا جائحة وعلى ألا زكاة وبيع الأمة على ألا مواضعة وعلى ألا عهدة وعلى ألا يسلمها عريانة وعلى أن ولاءها للبائع وعلى أنه

إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ونحوها فلا بيع بينهما.

الشرط الثامن: أن لا يتعلق به حق لأحد:

فإن تعلق به حق لأحد وكان معينا وقف اللزوم عليه وقيل يفسخ وإن كان غير معين كالحبس على الأعقاب بطل. وقد ورد النهى عن بياعات لتعلق حق الغير. منها تلقى السلع فإن وقع فالمشهور أن السلعة تعرض على أهل السوق فإن لم يكن لهم سوق فعلى أهل المصر فيشترك فيها معهم من شاء من التجار وغيرهم ممن يطلبها واحد منهم. ومنها بيع الحاضر للبادى ومحمله على أهل العمود لجهلهم بالأسعار. ومنها النجش فإن وقع لم يفسخ على المشهور فإن كان بدس من البائع أو علم وقبل خير المشترى فى الفسخ والأخذ بالثمن فإن فات ودى القيمة وإن كان أجنبيا لم يعلم به البائع فلا شىء عليه.

الشرط التاسع: أن يكون خليًا عن الربا:

ثم الربا إما فى النقود أو فى المطعومات.

النوع الأول: النقود:

والنقد إن بيع بغير نوعه سمى صرفا وإن بيع بنوعه وزنا سمى مراطلة وإن بيع بنوعه عددا سمى مبادلة ويشترط فى الصرف وجود المناجزة وفى المراطلة والمبادلة المناجزة والمماثلة والمناجزة عبارة عن سرعة التقابض ومدار هذا الباب على تحقيق المناجزة وذكر ما ينافيها وتحقيق المماثلة وذكر ما ينافيها ولا شك فى منافاة تاريخ القبض إن حصل قصد أو بعد فإن حصل غلبة فقولان وإذا قلنا بالصحة فى غلبتهما فغلبة أحدهما أولى لأنه يتهم أن يقصد إبطال الصرف فيعامل بنقيض قصده وإن قلنا بالبطلان فقولان والصحة فيها اختيار القاضى أبى بكر وإن حصل التأخير بطول المجلس بطل خلافا للشافعى فإن قرب فالمشهور البطلان واختلف فى علة الربا فى النقدين هل هو جوهر الثمنية فتكون العلة قاصرة أو غلبتهما فى الثمنية فتكون متعدية وعليهما اختلف فى جريان الربا فى الفلوس بالجواز والمنع والكراهة ثم المقتضى للفساد وفاقا وخلافا ينقسم بالنسبة إلى محل وجوده خمسة أقسام قسم يرجع إلى كيفية العقد وقسم يرجع إلى غيبة النقد وقسم يرجع إلى غيبة المصرف وقسم يرجع إلى ما يقترن بالعقد وقسم طار على العقد.

القسم الأول: يشتمل على المواعدة والخيار والحميل والتصديق وشرط عدم المقاصة.

المواعدة: فيها ثلاثة الجواز لابن نافع والمنع لأصبغ والكراهة لمالك وابن القاسم. ابن بشير القول بالكراهة حمل على المدونة وظاهرها المنع والتعويض جائز كالعدة.

الخيار: المشهور فيه المنع والجواز حكاه ابن شعبان وغيره وحكى ابن رشد اتفاق المذهب على فساده كانا معا بالخيار أو إحداهما وفى فساده بالخيار الحكمى قولان.

الحميل: إن أخذه بما عساه يجده من نقص أو استحقاق منع لأن التناجز لم يحصل وإن اخذه بما عساه يجده من نحاس فأجراه اللخمى على القولين فى جواز البدل.

التصديق: فى الوزن أو فى الصفة أو فيهما ممنوع على المشهور وأجازه أشهب. وإن صرف منه ديناراً على أن لا يقاصصه بما له عليه فثلاثة البطلان والصحة ولو شرطه والصحة وبطلان الشرط.

القسم الثانى: غيبة النقد ولذلك أربع صور:

الأولى: أن يغيب بعد حضوره وقبل التقابض من أن يبعث أحدهما العوض إلى منزله ثم يدفع عوضه وذلك فاسد فإن دفع ذلك بعد تراخ فظاهر المذهب المنع وإن أدخله تابوته أو خطله بمتاعه كره ولم يفسد والأكمل أن يكونا بين أيديهما.

الصورة الثانية: أن يكون غائبا عن المجلس لكنه فى حكم الحاضر وهو ما فى الذمة وقد منعه أشهب مطلقا وأجازه ابن شعبان مطلقا والمشهور الجواز فى الحال دون المؤجل ثم حيث أجزناه فذلك ما لم يكن بشرط فى أصل البيع مثل أن يبيعه سلعة بنص دينار إلى أجل على أنه يأخذ منه دراهم عند حلول الأجل وذلك حرام.

والصرف على الذمة مثل أن يعقدا صرفا فى دينار ثم يتسلفا ما عقدا عليه ولا شك فى فساده إن طال وإن قرب وتسلفا معا فسدا أيضًا وإن تسلفا أحدهما فأجازه ابن القاسم ومنعه أشهب.

الثالثة: أن تكون تحت يد الغاصب فإن كان مصوغا قائم العين فالمشهور المنع وإن لم يكن قائم العين بل ذهبت عينه جملة جرى على صرف ما فى الذمة وإذا

قلنا بالجواز فيصرف منه قيمته على المشهور وقيل بل رؤيته وإن دخله عيب يوجب الخيار فإن ضمنه القيمة ثم أراد أن يصرفها منه فيجرى على الخلاف فيمن خير بين شيئين هل يعد منتقلا أم لا وإن كان مسكوكا جاز لأنه لا يعرف بعينه.

الرابعة: أن تكون تحت يد أمين كالمرتهن والمستعير والمستأجر والمودع فيصرفه منه وقد نص فى المدونة على المنع فى الوديعة فى المصوغ والمسكوك وروى أشهب الجواز فى المسكوك وقال ابن القاسم بالمنع فى المسكوك المرهون وروى محمد الجواز وفى الجواهر حكم العارية حكم الرهن وحكم المستأجر حكم الوديعة.

القسم الثالث: غيبة المصرف قبل القبض ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يوكل من ينوب عنه مثل أن يعقد الصرف ويوكل من يقبض وينصرف فإن تراخى قبض الوكيل بطل وإن لم يتراخ فظاهر المدونة المنع وقال فى الموازية فى شريكين صرفا ثم وكل أحدهما صاحبه وذهب أن ذلك جائز ولو وكله على العقد والقبض صح على المنصوص.

الثانية: أن يعقدا صرفا ثم يحيل من يقبضه فإن غاب المحيل لم يجز وإن قبضه المحال بحضرته فقال ابن رشد لا يجوز بخلاف قبض الوكيل وحكى الجواز عن أشهب وسحنون.

الثالثة: أن يغيب عن بعض ما عقد عليه محققا أو توهما وهو موجب لنقض ما لم يقبضه وفى غيره خلاف فإن دخلا على قبض البعض دون البعض فحكى ابن رشد الاتفاق على نقض ما قبص ودخلا على قبض الجميع ثم أخر البعض ففى بطلان ما قبض قولان لابن القاسم فى المدونة والموازية ولو أودعه ما صرف منه فإن كان مصوغا أو مسكوكا مطبوعا عيه جاز وإلاَّ لم يجز.

القسم الرابع: ما يقترن بالعقد وذلك البيع وهو ممنوع على المشهور إلاَّ فى اليسير فإن اجتمعا فى دينار فقال ابن القاسم يجوز إذا كان أقل مثل أن يبتاع سلعة بثلثى دينار فيدفع إليه دينارا ويأخذ بقيته دراهم وقال ابن حبيب لا يطلب أن يكون أحدهما تبعا فيه ليسارته وحكى ابن شاس أن ذلك هو المشهور ثم إذا قلنا باعتبار اليسارة فقال فى الموازية هى الثلث فما دونه وقال القاضى أبو محمد هى الدرهم فما فوقه يعجز أو الدينار أو الدرهم يريد وكثيره غير جائز فيجوز الضرورة وإذا

اجتمعا فى أكثر من دينار فلا بد أن يكون أحدهما تبعا ثم إن كانت السلعة أكثر والصرف أقل فيعتبر أن يكون الصرف فى أقل من دينار وإن كان الصرف أكثر فقال أبو موسى ابن مناس المعتبر أن تكون قيمتها أقل من دينار وقيل أن تكون الثلث فأدنى.

القسم الخامس: ما يطرأ بعد تمام الصرف وهو وجود النقص والاستحقاق.

والنقص: إن كان فى المقدار ووجده بالحضرة ولم يطل ورضى به أو رضى الآخر بالإتمام صح وإن لم يرض ووقع الصرف على غير معين أجبر هذا على الإتمام والآخر على القبول وإن وقع على معين ففى الإجبار قولان وإن وجده بعد المفارقة أو طول المجلس فإن قام به انتقض وإن لم يقم صح به الصرف فيما لم يقع فيه التأخير اتفاقا وأما ما حصل فيه التأخير فثلاثة: النقض مطلقا فينقض صرف دينار فإن كان النقض أكثر من صرف دينار فديناران وهذا قاله ابن القاسم، وعدمه مطلقا لأشهب، وعدمه فى اليسير لابن القاسم أيضًا واليسير الدرهم فى المائة والدانق فى الدينار وقيل الدانقان وقيل ما تختلف فيه الموازين وإن كان فى الصفة فإن لم يكن فيه شىء من العين ووقع الصرف على غير معين انتقض الصرف على المشهور وقال ابن حبيب وغيره بجواز البدل وإن وقع على معين فقال اللخمى وأبو بكر بن عبد الرحمن بجواز البدل قولا واحدا بناء على رواية أشهب فى اعتبار التعيين وقال جل المتأخرين يجرى على القولين بناء على رواية ابن القاسم فى عدم تعيينها وإذا قلنا بالبدل فأعطاه من الجنس معجلا جاز وإن أعطاه مؤجلا أو من غيره فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وإذا قلنا بالنقض لأجل نقص المقدار أو الصفة فأربعة ينتقض صرف دينار خاصة قاله مالك وابن القاسم، والجميع قاله ابن القاسم أيضًا، والجميع إن لم يسم لكل دينار وإن سمى انتقض صرف دينار أو أزيد إن كان النقص أزيد من صرف دينار وينتقض ما قابل النقص.

الاستحقاق: إن كان فى المسكوك واستحق بالحضرة لم ينتقض وكان له دفع بدله وسواء وقع على معين أو لا قال ابن الكاتب إذا كان عنده بدلها لزمه دفعها بالحكم عند ابن القاسم وعند أشهب وسحنون إن صارفه على معين لم يلزمه دفع غيره وإن استحق بعد المفارقة أو الطول بطل الصرف كانت معينة أو غير معينة وأما

المصوغ فينتقض الصرف فيه مع عدم التراخى مطلقا وكذلك إن رضى بعد المفارقة وإن رضى بدفع المثل قبل التفرق وقبل غيبة المصوغ جاز فإن أراد المستحق إجازة البيع والمصوغ بالحضرة جاز خلافا لأشهب بناء على أن الخيار الحكمى كالشرط ولو فات فتعلق بالذمة فله الإجارة. بيع النوع بمثله وزنا يطلب فيه مع المناجزة وقد بولغ فى مراعاتها حتى جعلوا توهم الربا كتحققه ولذلك منع بيع سلعة ودرهم بسلعة ودرهم واختلف فى الدرهم الواحد يشترى بنصفه سلعة ويرد عليه نصفه فمنعه سحنون والمشهور الجواز وقيل يجوز فى أقل من النصف وقيل يجوز فى غير الفلوس ثم المماثلة تكون بالوزن تحقيقا أو تقديرا أما التحقيق فحيث يمكن الوزن وذلك إذا كانا غير متصلين بسلعة فيجعل كل واحد منهما فى كفة فإذا استوى لسان الميزان صحت وقيل يوزن بصنجة واحدة ثم إن اختلفا بالجودة والرداءة جاز على المشهور وعلى المشهور فإن كان الجيد كله فى جهة جاز وإن كان أحد العوضين بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع وإن كان بعضه أجود وبعضه مساويا فأجازه ابن القاسم ومنعه سحنون وإن اختلفا بالسكة والصياغة فثلاثة يفرق فى الثالث فتعتبر الصياغة دون السكة وعلى الاعتبار فيكون حكمها حكم الجودة وإن كان متصلا بسلعة وكان فى فصله عنها ضرر وأراد أن يبيعه بنوعه وكان تبعا جاز نقدا خلافا لابن عبد الحكم ومنع إلى أجل خلافا لسحنون وإذا قلنا بالمنع فهل منع تحريم أو كراهة قولان للمدونة محمد واتبع الثلث وقيل دونه وقيل النصف وتعتبر التبعية بالقيمة وقيل بالوزن وإن كان غير تبع لم يجز وفواته كالبيع الفاسد خلا حوالة الأسواق وقال سحنون لا يفوت بشىء.

والمبادلة: جائزة فى العددى دون الوزنى فيجوز إبدال اليسير بأوزن منه يسيرا إذا كان القصد المعروف والتعامل بالعدد فإن كان الأنقص أجود ذهبا لم يجز اتفاقا وإن استوى السكتان جاز اتفاقا وإن كان الأرجح أفضل سكة فأجازه ابن القاسم ومنعه مالك والثلاثة يسير والسبعة كثير وفيما بينهما قولان والقضاء بالمساوى وبالأفضل صفة ومقدارا جائز وبالأفضل مقدارًا جائز فى البيع دون القرض إلاَّ فى اليسير جدا كرجحان الميزان وقال ابن دينار وابن حبيب يجوز مطلقا وقال أشهب يجوز ما لم يكثر مثل زيادة الدرهم والدرهمين والسكة والصياغة هنا معتبرة اتفاقا.

المقاصة: وإذا كان لرجل قبل رجل عين وللآخر عليه عين فإن اختلفا كذهب وورق وأرادا أن يتقاصا بأن يقتعد كل واحد بما فى ذمته فإن كانا حالين جاز على المشهور وإن لم يحلا أو حل أحدهما امتنع على المشهور وإن اتفقا فى النوع وكانا من بيع فإن استويا صفة ومقداراً وحلولا جاز وإن اختلفا فى الوزن لم يجز وإن اختلفا فى الصفة وحل الأجلان جاز وإن لم يحلا منع على المشهور وإن اتفقا صفة ومقدارا ولم يحلا أو حل أحدهما والأجلان مفترقان أو متفقان فثلاثة الجواز لابن القاسم إذ لكل واحد منهما التعجيل لتساويهما ولا ضمان فى العين وقال ابن نافع إن حل أحدهما جاز وإلاَّ فلا وروى أشهب المنع إذا اختلف الأجل والوقف إذا اتفق وإن كانا من قرض واتفقا صفة ومقدارا وحل الأجلان أو حل أحدهما جاز وكذلك إن لم يحلا على المنصوص وإن اختلفا فى الصفة والوزن فإن كان يسيرا جاز وإن كثرت جرى على الخلاف المتقدم وفى القليل بالأكثر عددا وقال اللخمى إن كان أكثرهما أولهما قرضا جاز وإلا لم يجز فإن استوى الأجل فمنعه ابن القاسم وأجازه ابن حبيب وغيره قال وإن حل أحدهما وهو الأقل أو لم يحلا أو كان أقلهما أولهما حلولا لم يجز وإن حل الأكثر أو كان هو أولهما حلولا أو أولهما قرضا جاز وإلاَّ لم يجز فإن استوى الأجل جاز ما لم يكن الأكثر آخرهما قرضا وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جاز ما لم يكن الأقل أولهما حلولا وما لم يعد الى المقرض أكثر.

النوع الثانى: المطعومات:

والربا فيها يكون بأمرين: النساء والتفاضل.

فلا يجوز النساء فى كل مطعوم دون ما يكون دواء فما اتفق على أنه مطعوم جرى فيه هذا الحكم كالبقول والفواكه الرطبة وما اتفق على أنه دواء جاز بيع بعضه ببعض إلى أجل كالبصل والزعفران والشاهترج وما اختلف فيه يختلف فى بيعه بالطعام إلى أجل كالطلع والبلح الصغير والتوابل كالفلفل والكزبرة والكمونين والرازيانج فقيل طعام وقيل دواء وفى الحلبة ثلاثة يفرق فى الثالث فتكون الخضراء طعاما واليابسة دواء وفى الماء العذب قولان.

التفاضل: وفى علة التحريم سبعة فالأكثرون على أنه الاقتيات والادخار وهو

القول المعمول به والاقتيات وفى معناه إصلاحه ويرده جريان الربا فى لبن الإبل لكن أقيم دوام وجوده كادخاره والادخار وغلبته والمالية والاقتيات أو التفكه والادخار والاقتيات والادخار للعيش غالبا وهو رأى ابن القصار وعبد الوهاب. ثم إن اتفق وجود هذه العلل فى شىء فيتفق على أنه ربوى كالبر والشعير والعلس والأرز والذرة والدخن والقطانى والتمر والزبيب واللحم والملح والزيتون والقرطم وبزر الفجل الأحمر ونحوه لما يعتصر منه والبصل والثوم وتردد مالك فى التين إذا لم يكن مقتاتا بالحجاز وإلا فهو أظهر من الزبيب وما لم يوجد فيه واحد منها فغير ربوى اتفاقا كالخس والسريس ونحو ذلك وما وجد فيه بعض دون بعض فيختلف فيه للخلاف فى العلة وقد يختلف فى العلة هل هى موجودة فيه مع الاتفاق على العلة كالجوز واللوز والفستق والبندق والجراد. ابن بشير. ولا يختلف فى أن التين ربوى مع اختلاف أصنافه واختلاف أيضًا فى العنب الذى لا يتزبب والرطب الذى لا يتمر والرمان والكمثرى والخوخ والموز والمشهور أن البيض ربوى واختلف أيضًا فى السكر والعسل والتوابل ومذهب ابن القاسم أنها ربوية وخالفه أصبغ قال المازرى والنكتة التى تدور عليها فروع هذا الكتاب اعتبار الغرض فى مجرى العادة وفى الطعام هل يدخر للدواء أو للاقتيات والايتدام وإصلاح الأقوات واختلاف الجنسية يبيح التفاضل واتحادها يمنعه فأصناف الحنطة وأصناف التمر وأصناف الزبيب أصناف لحوم ذوات الأربع وأصناف لحوم الطير وأصناف لحوم ذوات الماء وأصناف الجراد وأصناف الألبان لا يجوز بيع صنف بصنفه متفاضلا بل متماثلا ويجوز كل صنف بغيره متفاضلا واختلف فيما عدا ذلك فمن ذلك القمح والشعير والمشهور أنهما صنف واحد خلافا للسيورى والسلت كالشعير ومنه الأرز والذرة والدخن والمشهور عدم إلحاقها بالبر وأنها أجناس ومنه العلس وظاهر المذهب عدم إلحاقه بالبر وألحقه به فى الواضحة ومنه القطانى كالفول والعدس والحمص واللوبيا والجلبان والبسيلة وفى كونها جنسا أو أجناسا قولان والكرسنة قيل من القطانى وقيل جنس قائم بنفسه ومنه التوابل والمشهور أنها أجناس ومنه أخباز ما حكم فيه بالتمييز كأخبار القطانى والمشهور أنها أجناس خلافا لأشهب ومنه الأمراق واللحوم المطبوخة والمشهور أنها صنف من غير التفات لاختلاف اللحوم واختلاف ما يطبخ

به ومنه الكعك بالأبزار بالخبز ومقتضى ما تقدم فى الأمراق المنع لكن قد أجازوا التفاضل بينهما. وتعتبر المماثلة فى الحبوب الجافة بما اعتبره الشرع فيها من كيل أو وزن فإن لم يكن فبالعادة العامة فإن لم تكن فبعادة محله فإن جرت بالوجهين اعتبرت ما شئت منهما ومتى فقد الوزن جاز التحرى فى اليسير لا فى الكثير على المنصوص فإن كانت رطوبة فى أحد الصنفين كالرطب والتمر منع بيع بعضه ببضع لأن اليبوسة ليست حال كماله فالمماثلة غير حاصلة ولو كانت الرطوبة هى حال كماله جاز كبيع اللحم الطرى باليابس قولان وفى الموازية جواز بيع الخبز اليابس بالطرى تحريا.

العرايا

والعرايا: مستثناة من الربا والمزابنة والغرر وبيع طعام بالطعام نسيئة ومن شراء الجزاف بالمكيل ومن شراء الرطب باليابس ومن الرجوع فى الهبة، وهى جمع عرية بتشديد الياء واشتقاقها من قولهم عروته أعروه إذا أتيته أطلب معروفه.

وحقيقتها: هبة ثمر نخلة أو نخلات من حايط.

حكمها: الجواز فى النخل والعنب وفى إلحاق ما يبس من الثمار بهما قولان المشهور الإلحاق وبيعها من غير المعرى يجرى على أحكام البياعات والمرخصة بيعها من المعرى بخرصها على المشهور وفى بيعها منه بالعين روايتان المشهور الجواز حكاه فى الجواهر وحكى عياض أن المشهور المنع ثم حيث أجزنا له شراءها فخرصها فذلك بثمانية شروط:

الأول: أن تكون باسم العرية على قول ابن القاسم.

الثانى: أن تكون الثمرة قد طابت.

الثالث: أن يشتريها بنوعها.

الرابع: أن يكون باليابس منه.

الخامس: أن يكون فى الذمة فلا يشتريها بمعين.

السادس: أن يكون مؤخراً إلى الجذاذ.

السابع: أن تكون خمسة أوسق فأدنى.

الثامن: أن يشترى جملتها فلا يجوز شراء بعضها وقيل يجوز.

وحوز العرية أن يكون فيها ثمرة أو يقبض أصولها ولا تحصل الحيازة إلا بها رواه ابن حبيب وقال أشهب تتم بالإبار أو بتسليم الرقبة.

الشرط العاشر: أن يكون خليًا عن القصد لظاهر جائز يتوصل به إلى باطن ممنوع:

وهو المعبر عنه ببيوع الآجال، وقد منع من ذلك مالك سدًا للذريعة والأصل أن ينظر إلى ما خرج من اليد وما رجع إليها وقابل أحدهما بالآخر فإن كان مما لو ابتديا المعاملة عليه جاز فأجز وإلا فامنع إن كان الوجه مما يكثر القصد إليه كالبيع والسلف وإن كان مما يقل كضمان بجعل فقولان مشهوران وإن كان مما يبعد جدا كسلفنى وأسلفك فالمشهور الجواز خلافا لابن الماجشون ويعبر أصحابنا عن هذه الأوجه الخلافية بالتهم البعيدة وبحماية الحماية وضع وتوجل يرجع إلى السلف بزيادة وإلى الربا والضمان بالجعل وحط عنى الضمان وأزيد يرجعان إلى السلف بزيادة مثال ذلك أن يشترى سلعة بعينها الى أجل ثم يشتريها بالثمن الثانى إما مثل الأول أو أقل أو أكثر وهو إما نقص وإما إلى أجل ثم الأجل إما مساو أو أقل أو أكثر فهذه اثنتا عشرة صورة وما قبل الأجل كالنقد فتبقى تسع صور. فإن كان الثمن عينا واتفقا فى الصفة امتنع منها ما تعجل فيه الأقل وهو أن يبتاعها بأقل نقدا أو بأكثر إلى أبعد واختلف الثمنان بالنوع فإن كان البيع الثانى مؤجلا امتنع مطلقا لأنه صرف بتأخير وإن كان نقدا وكان الثانى أقل من صرف المتأخر امتنع وإن كان مساويا فقولان المنع فى المدونة والجواز فى غيرها وإن كان أكثر جدا جاز على المشهور وإن اتفقا بالنوع واختلفا بالجودة والرداءة فإن تعجل الأفضل جاز وإن تعجل الأدنى امتنع وكذلك إن تساوى الأجلان أو كان الثانى أبعد وإن كان الثمنان عروضا من جنسين مختلفين جازت الصور كلها وإن كانا من جنس امتنع ما تعجل فيه الأقل واختلف فيما إذا كان الثانى بأكثر نقدا أو بأقل إلى أبعد بناء على قرب ضمان بجعل أو بعده وإن كان الثمنان طعاما من نوعين مختلفين فكالعينين المختلفين وكذلك إن اختلفا بالجودة والرداءة وإن كان من نوع واحد فكالعروض ولو كان الثانى بعضه نقدا وبعضه مؤجلا فإن تعجل الأقل امتنع ومنع ابن

الماجشون المؤجل إذا كان مساويا والأجل أبعد بناء على قرب أسلفنى وأسفلك مثاله أن يبيعه ثوبا بمائة إلى شهر ثم يشتريه منه بخمسين نقدا وخمسين إلى شهرين والمشهور جواز ذلك مخرج الخمسين مسلفا ليأخذ عنها خمسين عند الأجل على أن يسلفه الآخر خمسين يأخذ عنها خمسين إلى تمام الشهر الثانى وإذا وقعت بياعات الآجال على الصفة المكروهة فإن كانت السلعة قائمة فسخ البيع الثانى خاصة وقال ابن الماجشون والأول إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة وإنما وجدها تباع فاشتراها لم يفسخ الأول وإن فاتت بحوالة سوق على مذهب سحنون أو بالعيوب المفسدة كما ذهب إليه التونسى وغيره على مذهب ابن القاسم فقيل تفسخ الأولى وتصح الثانية بالقيمة وقيل إن كانت القيمة أقل فسخا معا وإن كان أكثر فسخت الثانية خاصة وقضى عليه بالقيمة فإذا حل الأجل أخذ الثمن وأهل العينة قوم علموا فساد سلف جر منفعة وما ينخرط فى سلكه من الربا والغرر فأظهروا سلعا تظهر فيها الحيلة ومقصدهم التوصل إلى الفساد مثاله أن يقول اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا فإن سمى الثمن وأوجب البيع وباعها منه إلى أجل منع بلا خلاف لأنه يئول إلى سلف جر منفعة وإن كان على النقد فقولان الجواز إذ لا تأخير يئول إلى سلف بزيادة والمنع لأنه بيع ما ليس عندك.

الركن السادس: العقد

ويشترط أن لا يقع فى زمن مستحق للعبادة شرعا والأصل فى ذلك النهى عن البيع وقت نداء الجمعة الموجب للسعى إلى الجمعة وهو النداء إذا جلس الخطيب على المنبر، وألحق المتأخرون بذلك الصلوات كلها إذا تعين وقتها. وحكى الغرناطى أن البيع فى وقت الفتنة حرام وحكى ابن رشد أن البيع فى الموضع المغصوب حرام ثم إذا وقع وقت النداء فسخ على المشهور وقال ابن القاسم فإذا فات ففيه القيمة وقيل يمضى بالثمن ويقوم وقت العقد بتقدير الحل وقال أشهب بعد انقضاء الصلاة إذ لا قيمة له حينئذ شرعا ثم العقد قد يكون بتًا وعلى خيار وكل واحد منهما إما أن يكون بعد المساومة أو بعد المزايدة أو المرابحة والأصل

البت والخيار إنما يكون بشرط المساومة وهو البيع من غير بيان رأس المال وهو جائز ولا يدخله تدليس إلاَّ من وجه واحد وهو أن يظن المشترى أنه طرئ الشراء وهو قديم قاله ابن محرز.

المزايدة

وهو جائز أيضًا قال ابن محرز ولا يدخله التدليس إلاَّ أن تكون السلعة لبعض أهل السوق فيدخلها النداء مع جملة ما يدخله الجالبون. ثم إذا وقع النداء على سلعة فمن أعطى فيها ثمنا لزمه والخيار للبائع فإن زاد عليه غيره انتقل اللزوم إلى الثانى وإن لم يزد فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته قال سحنون ولا يجوز للسمسار أن ينادى على سلعة ويأخذ جعلا إلاَّ إذا جعل ربها بيعها بيده وإذا أخذ السمسار الثمن ليدفعه إلى البائع إن رضى بالبيع فضاع منه لزمه إذا لم يؤمر بالبيع بعد المرابحة وهو أن يذكر البائع للمشترى رأس المال ويطلب منه الربح ويدخله التدليس من وجهين أن لا يذكر زمن الشراء وأن يكذب فى الثمن والواجب عليه حفظ الأمة والصدق فى قدر الثمن وفى الإخبار عن كل ما لو علمه المشترى لقلت رغبته فى السلعة فيبين ما طرأ عليها من عيب منقص أو جناية ويبين ما به عقد وما نقد وهل اشتراها بنقد أو نسيئة وفى أى زمن اشترى وهل تجوز عنه فى الثمن أو أخره به أو بشىء منه وما غرم على السلعة مما له عين قائمة إذ لا يحل ذلك البيع حتى يتنزل المبتاع منزلته فى علم جميع ذلك. وإذا كذب البائع فى زيادة الثمن خير المبتاع فى الأخذ بجميع الثمن أو الرد ما لم يحط البائع عنه الكذب وربحه وقال ابن الماجشون له الخيار وإن حط لخبث مكسبه وقال بعض المتأخرين: إن أى منتصلا لم يكن له خيار وإلاَّ فله الخيار فإن فاتت السلعة فعليه قيمتها يوم القبض ما لم تكن أكثر أو أقل ولو غلط البائع فنقص من الثمن وصدقه المبتاع أو قامت له بينة خير المبتاع فى أخذها بما قال أو ردها فإن فاتت فللمبتاع أن يعطيه ذلك أو قيمتها ما لم تنقص عن الغلط وربحه.

* * *

الخيار

وهو عندنا بالشرط لا بالمجلس ثم الخيار يكون لثلاثة ليؤتى بالثمن وليؤامر نفيه فى العزم على الشراء مع علمه بموقع الثمن فى الغلاء والرخص ليختبر المبيع وأى ذلك كان فالخيار جائز، ثم الخيار إن كان ليؤتى بالثمن لم يكن له قبض السلعة وإن كان ليعاود نظره فى الثواب أو ليختبره جاز له قبضه ومدته غير محدودة على المشهور حكاه عياض وفى المدونة هى فى الدار الشهر يريد وفى سائر الرباع وفى الرقيق خمسة والجمعة وشبه ذلك والدابة تركب اليوم ونحوه ولا بأس باشتراط البريد ونحوه وفى الثوب اليوم ونحوه واليومين وشبه ذلك لا أكثر، قال بعض الشيوخ: وهذا التحديد إنما هو إذا كان الخيار للاختبار وإن كان للمشورة فيكون الأمد مقدار ما يتشاور فيه النقد بغير شرطه جائز فى جميع المبيعات خلا العلى من الإماء لأنه إذا قبل يصير كمن أخذ جارية تتواضع من دين. وكذلك العبد الغائب والمسلم والكراء المضمون لأن البيع إذا تم دخله فسخ دين فى دين والنقد بشرط غير جائز ويفسخ وإن أسقط الشرط وقيل يصح إذا أسقط الإيقاف وإذا طلب البائع إيقاف الثمن كالغائب والمواضعة على المشهور فيهما لم يلزم لأنه لم ينبرم وإذا اشترط المتبائعان خيار رجل أو رضاه أو مشورته فلهما الاستبداد، وإن اشترط ذلك أحدهما فأما المشورة فلمشترطها الاستبداد، وأما الخيار والرضاء فإن أراد مشترطه أن يستبد ووافقه الآخر فى ذلك، وإن خالفه ففى المذهب أربعة له أن يستبد كالمشورة وليس له ذلك وهو قوله فى المدونة فى المبتاع، وله فى غيرها مثل ذلك فى البائع، والثالث أن ذلك حق لهما معا فإن اشترطه البائع ثم أراد الإمضاء وأباه من اشترط خياره لزم المشترى، وإن أراد البائع الرد وأراد من اشترط خياره الإمضاء فللمشترى الأخذ، وإن اشترطه المبتاع وأراد الأخذ فله ذلك، وإن أباه من اشترط خياره وإن أراد الرد وأباه المبتاع فللبائع أن يلزمه البيع، ورابعها التفرقة فإن اشترط ذلك البائع فله أن يستبد بالرد والإمضاء وإن اشترطه المبتاع فليس له أن يستبد.

• **الدال على الرضاء:** قول وترك وفعل أما القول فواضح وأما الترك فمثل أن يمسك على القول أو الفعل حتى تنقضى مدة الخيار فإن كان الخيار للبائع والسلعة بيده فذلك اختيار منه للرد وإن كان بيد المبتاع دل على اختيار الإمضاء ولو كانت بيد البائع دل على اختياره الرد فإن ردها أحدهما بالقرب فقال فى المدونة له ذلك بعد غروب الشمس ومن الغد أو بقرب ذلك وقيل لا رد بعد الغروب. وأما الفعل فما لا يفعله الإنسان إلاَّ فى ملكه فهو صريح فى الرد من البائع وفى الإمضاء من المشترى وذلك كالعتق والكتابة والاستيلاد وشبه ذلك واختلف فى البيع فقال مالك فى رواية ابن القاسم إذا باع المشترى السلعة والخيار له فذلك رضى وقال فى رواية ابن زياد ليس ذلك برضى واختلف فى الرهن والإجارة وتزويج العبد والسوم بالسلعة فقال ابن القاسم ذلك رضى وقال أشهب ليس برضى ويحلف والملك فى زمن الخيار للبائع والإمضاء نقل لا تقدير وقيل للمشترى فيكون الإمضاء تقديرًا لا نقلاً.

الطوارئ ثلاثة:

الغلة: وهى للبائع بضمانه.

العيب: وإذا أصاب المبيع عيب فى أيام الخيار بسماوى فحكمه حكم ما كان به قبل البيع لأنه من ضمان البائع.

التلف: وإذا تلف بسماوى فى أيام الخيار وقامت البينة على ذلك لم يكن لواحد منهما مقال وإن ادعى من هو بيده أنه تلف فإن كان البائع والخيار له فلا مقال للمبتاع وإن كان الخيار للمبتاع والمبيع مما يغاب عليه واختار الإمضاء فله تحليف البائع ثم إذا حلف برئ عند ابن القاسم ولزمته القيمة عند أشهب إن كانت أكثر وإن كان قيد المشترى وهو مما لا يغاب عليه صدق بعد يمينه ولا ضمان عليه إلاَّ أن يأتى مما يدل على كذبه قال فى الموازية وإن كان ما يغاب عليه ضمنه ما لم تقم له بينة وإذا تنازعا فى وقت تلف المبيع فقال المبتاع فى أيام الخيار وقال البائع بعدها فقال ابن القاسم القول قول البائع لأن المبتاع مدعى نقض البيع فعليه البينة ابن أبى زيد يريد أنهما تصادقا اليوم على أن أيام الخيار انقضت وأما لو قال المبتاع لم تنقض لصدق بعد يمينه لأن المبتاع يريد أن يضمنه.

اللواحق

ينحصر الكلام فيها فى ثمانية فصول:

الأول: فى حكم الفاسد بعد وقوعه:

وإذا وقع الإخلال بشرط من شروط الصحة فالجارى على المذهب وجوب الفسخ لأن النهى عندنا يدل على الفساد مطلقا وتفصيل المذهب أن ما نهى عنه لأجل حق الغير فيقف الفسخ عليه على المشهور وما حرم لوقوعه فى محل محرم أو وقت معين كالبيع فى الدار المغصوبة والواقع فى وقت معين لصلاة لم يفسخ قاله ابن رشد وينبغى أن يفسخ على القول بفسخ ما بيع وقت نداء الجمعة وما كان من بيوع الثنيا كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب فقد تقدم ذكره وذكروا فيما إذا باعه على أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ونحوها فلا بيع بينهما أربعة أقوال ثالثها يصح البيع ويبطل الشرط وقد تبين أنه قول ابن القاسم، ورابعها الجواز فيما لا يسرع إليه التغير كالرباع والكراهة فيما يسرع إليه وهو قول مالك فى الموازية وما نهى عنه لأجل الربا والغرر وفسخ الدين فى الدين وما يؤدى إليه فيفسخ والضابط أن كل ما اتفق على تحريمه فيفسخ إن كان قائمًا وتجب فيه القيمة فى المتقوم والمثل فى المثلى إن كان فائتا ويفسخ أيضًا ما اختلف الناس فيه فإن فاته مضى بالثمن فى رواية ابن القاسم وفى رواية ابن نافع تجب فيه القيمة أو المثل كالأول قال ابن القاسم: وينتقل الضمان فيه بالقبض، وقال أشهب: وبالتمكين وقبض الثمن، وقال سحنون: إن كان مجمعا على فساده لم يضمن إلا ضمان الرهان ثم حيث أوجبنا القيمة عند التلف فيقوم يوم القبض على المشهور وقيل يوم العقد وقيل يوم الفوات واستغلاله مطروح لأن الخراج بالضمان وانتقال الملك لا يكون إلا بعد القبض والفوات على المشهور.

وأسباب الفوات أربعة:

الأول: تغير الذات وهو عامل فى جميع المبيعات والمعتبر فوات الغرض المقصود من العين.

الثانى: تغير السوق والمشهور اختصاصه بالحيوان والعروض وقال ابن وهب وأشهب هو عام.

الثالث: الخروج عن اليد بالبيع الصحيح وهو عام فى الجميع وذلك إذا باعه بعد قبضه وقبل القيام بالفسخ.

الرابع: تعلق حق الغير كالرهن والإجارة والإخدام إن كانت الخدمة إلى أجل وهو فوت فى الجميع.

الفصل الثانى: فى نقل الضمان وما يترتب عليه من تلف وتعييب وجناية:

والبيع إن كان فاسدا فقد تقدم وإن كان صحيحًا وانعقد على الصفة أو على الخيار فقد تقدم أيضًا وإلا نظرت فإن تعلق به حق توفية فضمانه من البائع حتى يستوفيه المبتاع فإن تلف فى المكيال أو فى الميزان فثلاثة ثالثها التفرقة فإن تولى البائع أو وكيله الكيل فضمانه منه وإن تولاه المبتاع فضمانه منه ورواه سحنون عن ابن القاسم وإن لم يتعلق به حق توفية وبيع جزافا وتمكن المشترى من نقله فالضمان منه وإن لم يتمكن من ذلك إما لعدة كلبن غنم بأعيانها مدة معلومة وكشرب من عين مدة معلومة وإما لبقائه لمصلحة كالثمار فالضمان من البائع وما بيع على العهدة وعلى المواضعة فلا ينتقل الضمان إلا بعد انفصال أمد العهدة والمواضعة واختلف فى المحبوس بالثمن على ثلاثة أقوال الضمان من البائع رواه أشهب وبه أخذ ومن المبتاع رواه ابن القاسم وبه أخذ حكاه ابن يونس والثالث إن كان المشترى بلديا موسرا فالضمان من البائع وإن كان عربيا أو معسرا فمن المبتاع قاله مالك فى مختصر ما ليس فى المختصر وحكى ابن الحاجب أن ضمان المحبوس بالثمن من البائع عند ابن القاسم خاصة. واختلف إذا لم يكن هنالك شىء مما ذكرناه هل ينتقل الضمان بمجرد العقد أو بشرط مضى زمن يتسع للقبض وهو المختار أو لا ينتقل إلاَّ بالقبض.

التلف: وإذا تلف المبيع بآفة سماوية وقت ضمان البائع انفسخ العقد وإن تلف وقت ضمان المشترى فهو منه وإن تلف بعضه وقت ضمان البائع انفسخ البيع فيه ثم التلف إن كان الأقل لزم المشترى بقيته بقسطه من الثمن وإن كان الأكثر أو النصف افترق الجواب فإن كان مثليا وتلف الأكثر فهو بالخيار فى الباقى وإن تلف

النصف ففى ثبوت الخيار أو لزوم النصف قولان والمتقوم إن تلف أكثره أو ما هو وجه الصفقة فليس له التمسك بما بقى من حصته إذ لا يعلم إلا بعد التقويم وقد وجب له الرد فيكون رضاه بذلك بيعا مؤتنفا بثمن مجهول.

التعييب: وإذا أصاب المبيع عيب وقت ضمان البائع فهو كالموجود فيه قبل البيع وإذا أصابه وقت ضمان المبتاع فهى مصيبة نزلت به.

الجناية: وإذا جنى على المبيع جان وقت ضمان المبتاع فالبيع ثابت ويرجع على الجانى بالأرش إن تعيب وبالقيمة إن تلف وبالمثل فى المثلى ولو جنى وقت ضمان البائع والجانى هو المبتاع فذلك قبض حكاه ابن شاس ولم يفرق بين عمد ولا خطأ وقال اللخمى إن كانت عمدا فقبض وإن كانت خطأ انفسخ البيع وغرم القيمة ولو كان البائع هو الجانى فقال اللخمى إن كانت خطأ انفسخ البيع وإن كانت عمدا وأتلفه وكانت القيمة أكثر غرم فضل القيمة على الثمن قال وإن أتلفه أجنبى عمدا أو خطأ فللبائع عليه الأكثر من القيمة أو الثمن لأنه أبطل عليه الدين الذى له على المشترى وحكى ابن شاس أن البيع لا ينفسخ وعليه القيمة وظاهره أن القيمة للمبتاع وعليه الثمن وهذا خلاف ما قاله اللخمى.

الفصل الثالث: فى جوائح الثمار:

والجائحة ما يؤلم وخصت فى الشرع بما يتلف الثمار أو يفسدها من أمر سماوى والجيش جائحة وظاهر كلام ابن الماجشون أنه ليس بجائحة وفى السارق ثلاثة فى المدونة ليس بجائحة وعكسه فى الموازية وقيل جائحة فى الفتنة حيث لا يستطاع الحرز وخلاء البلد جائحة إذ لا يجد من يبيع الثمار كمن اكترى حماما أو فندقا فانجلى أهل البلد لفتنة أو خوف ورأى ابن يونس أن موت دود الخز جائحة فى ورق التوت فإذا أصابت الثمار جائحة سقط عن المشترى ما يقابل المجاح بأربعة شروط:

الأول: أن يصير إليه بيع محض فلا جائحة فيما كان صداقا قاله ابن القاسم لأن الأصل فى النكاح المكارمة وخالفه ابن الماجشون قياسا على البيع بجامع الرد بالعيب.

الثانى: أن يشتريها مفردة فلا جائحة فيما بيع بأصله ولم يؤبر واشترطه المبتاع بما أبر وهو بلح أو بسر أو رطب لأنه لغو وإن أوجبه الشرط. ابن المواز. وسواء

كانت الثمرة هنا الثلث أو أكثر وقال أصبغ أما ما عظم خطره ففيه الجائحة بعد أن يفض الثمن على الأصل والثمرة لأنها زاد لأجلها زيادة عظيمة وأما ما لم يعظم خطره فلا.

الثالث: أن تكون محتاجة للبقاء ليكمل طيبها فلا جائحة فى الثمار اليابسة ولو كان بقاؤها لحفظ تجارتها كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالبقول والأصول المغيبة فى الأرض كاللفت والجزر والفجل والبصل والقصيل والقرطم ففى وجوب الجائحة فيها خلاف.

الرابع: أن يجاح الثلث فأكثر فيما يحتاج إلى البقاء برسم الكمال فلا جائحة فيما دون الثلث إلاَّ أن يكون من الثلث فيوضع القليل والكثير والمشهور فى البقول أنه يوضع قليلها وكثيرها والمعتبر عند ابن القاسم ثلث الثمرة مطلقا ووافقه أشهب فى النوع الواحد الذى يحبس أوله على آخره كثمرة النخل والعنب وخالفه فيما عداه فاعتبر ثلث القيمة يوم الصفقة.

تنبيه: ما بقى بعد الجائحة لازم للمشترى وإن قل وليس للبائع أن يقول أمسكه بجميع الثمن أو رد.

الفصل الرابع: فى الإقالة والتولية والشركة:

الإقالة: عبارة عن رد المبيع إلى ملك البائع وهل هى ابتداء بيع أو حل بيع خلاف وظاهر المذهب إنها ابتداء بيع إلاَّ فى المرابحة والإقالة من الطعام والإقالة من الشقص المأخوذ بالشفعة وقال سحنون هى ابتداء بيع إن كانت بزيادة أو بنقصان ثم حيث هى ابتداء بيع أو حل بيع فيما ذر فيها من البيع والسلف ومن فسخ الدين فى الدين ويتصور ذلك فى المضمون دون المعين ويحاذر فى الطعام من بيعه قبل قبضه فإذا اشترى سلعة بعينها ويدفع له ثمنها ثم يقيله فله أن يؤخره بالثمن ما شاء لأنه معين ولو باعه عبدا بثوب فأقاله على أن يأخذ منه العبد إلى مثل أجل السلم جاز لأن البيع وقع على غير معين فسلم من فسخ الدين فى الدين ولو اشترى منه سلعة غائبة مما لا يجوز النقد فأجاز أشهب الإقالة فيها ومنه فى المدونة قال لأنها إن كانت سالمة فى البيع الأول فقد وجب له فى ذمته ثمن باع منه فيه سلعة غائبة وذلك دين فى دين ولو أسلم إليه فى عروض أو فى طعام ثم أقاله قبل الأجل أو

بعده من بعض وأخذ بعضا لم يجز لأنه بيع وسلف مع ما فى الطعام من بيعه قبل قبضه ولو أسلم رجلان إلى رجل جاز أن يقيله أحدهما ما لم يكونا متفاوضين، وأنكره سحنون؛ لكون للآخر أن يدخل معه فيؤدى إلى البيع والسلف.

التولية: جائزة فى الطعام وغيره ويحاذر فيها من الدين بالدين ومن بيع الطعام قبل قبضه فإذا أسلم فى عروض أو فى طعام فولاه رجلا لم يجز أن يؤخره بالثمن ويجوز ذلك فى المعين وله أسلم عروضا فى طعام وكانت من المثليات جازت التولية على مثلها بالعين قاله فى المدونة. ابن يونس. لعله يريد والمثل حاضر عنده كما قال أشهب وإن كانت من المتقومات لم يجز أن يوليه بقيتها كما لو كان الطعام معينا لم يجز أن يوليه إياه بذلك ويدخله بيعه قبل قبضه ولو كان الطعام معينا حاضرا أو اشتراه بنقد جاز أن يوليه بثمن نقدا أو بماله وذمته لأنه فى حكم النقد بشرط أن يستويا فى المقدار والصفة واذا اشترى ثلاثة أرطال تينا كل رطل بدرهم فباع من رجل رطلا قبل أن يقبضه بدرهم فإن سماه بيعا لم يجز وإن سماه تولية جاز وإذا اشترى طعاما بدينار فولى نصفه لرجل فقال مالك يدفع له دينارا ويرد عليه نصفه دراهم واستثقل أن يأخذ فى التولية إلا مثل ما أعطى إن ذهبا فذهب وإن دراهم فدراهم ولم يجز ابن القاسم أن يترك له شيئًا من الثمن على وجه الصدقة.

الشركة: وإذا فرعنا على القول المشهور فى جواز الشركة فى الطعام قبل قبضه أو كانت فى غير الطعام فيحاذر فيها من الدين بالدين ومن البيع والسلف ومن بيع الطعام قبل قبضه فإذا أسلم فى طعام أو فى عروض ثم أشرك فيهما جاز إذا أنقد ولم يجز التأخير لأنه دين بدين مع ما يدخله فى الطعام من بيعه قبل قبضه ولو اشترى سلعة بثمن فأشرك فيها رجلا على أن ينقد عنها ثمنها لم يجز لأنه بيع وسلف.

الفصل الخامس: فى الاستحقاق:

وهو الحكم بإخراج المدعِى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعِى بعد ثبوت السبب والشرط وانتفاء المانع. السبب قيام الشهادة على عينه بأنه ملك للمدعى لا يعلمون خروجه ولا خرج شيء منه عن ملكه حتى الآن والشهادة فى أنها لم تخرج عن ملكه إنما تكون على نفى العلم فى قول ابن القاسم المعمول به والشروط

ثلاثة الحيازة إذا تعذر حصول المدعى فيه عند الحاكم يشهد على عينه وهى أن يوجه القاضى عدلين وقيل أو عدلا مع الشهود الذين شهدوا بالملكية فإذا كانت مثلا دارا قالوا لهما مثلا هذه هى الدار التى شهدنا فيها عند القاضى فلان الشهادة المقيدة أعلاه ثم إن القاضى يعذر فى ذلك إلى الحائز وهو الشرط الثانى فإن ادعى مدفعا أجله فيه بحسب ما يراه فإن عجز عن الإثبات أو سلم الشهادة حكم عليه بعد يمين المدعى يمين الاستبراء وهو الشرط الثالث ولا بد من يمين الاستبراء فى جميع الأشياء قاله ابن القاسم وابن وهب وسحنون وقال ابن كنانة لا يمين فى ذلك والمعمول به عند الأندلسيين أنه لا يحلف فى العقار ويحلف فى غيره قال الباجى فى سجلاته ولو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف وذكره ابن أبى زيد فى النوادر وهو مذهب المدونة. وأما المانع ففعل وسكوت فالفعل أن يشترى ما ادعاه من عند حائزه فلو قال إنما اشتريته منه خوف أن يغيب عليه فإذا أثبته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال وقال أصبغ إلاَّ أن تكون بينة بعيدة جدا ويشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام وأخذ الثمن منه قال أصبغ والقول قوله وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمدا تحصل به الحيازة وهو حاضر فإن كان الحائز ذا سلطان لم يضره ذلك ويشهد أنه باق على حقه والغائب باق على حقه قال ابن القاسم إلا أن يكون عرف ذلك فتركه حتى طال الأمد طولا يكون حيازة وعدم علم الحاضر بملكه عذر والقول قوله فى ذلك مع يمينه ثم الحائز إن كان أجنبيا وهو شريك فلا اعتبار بحيازته ولو عشرة أعوام إلا أن يتصرف بالهدم والبناء وإن لم يكن شريكا وحازه عشرة أعوام قال ابن القاسم وهدم وبنى فتلك حيازة مانعة من القيام فى الأصول وإن لم يهدم ولا بنى وإنما حاز بالسكنى فهى حيازة على المشهور قال أصبغ وتحاز الثياب بالسنة والسنتين إذا كانت تمتهن والدواب بالسنتين والثلاث إذا كانت تركب وكذلك فى الإماء إذا كن يستخدمن وفى العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ بذلك كله فوق عشرة أعوام وإن كان صهرا أو من الموالى ففى حيازته فيما لا شرك له فيه ثلاثة قبل عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنى وقيل لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبناء قاله ابن القاسم وقال أيضًا ولا يكون مع البناء إلا أن يطول الزمان

جدا وإليه رجع وإن كان أبا أو ابنا فإن حاز بالسكنى والحرث فلا اعتبار بذلك وتفويته بالبيع حيازة ولو حاز بالبناء والهدم والغرس فلا حيازة بذلك إلا أن ينسبه إلى نفسه بشراء أو صدقة أو هبة وكذلك الجد وولد الولد وإن كان من الأقارب ففيهم خلاف والمتحصل من ذلك ثلاثة العشرة الأعوام مع الهدم والبناء ولا يكون ذلك حيازة إلا مع الطول والثالث التفرقة فتكون حيازة مع غير الاشتراك دون الاشتراك وإذا حكم القاضى للمستحق بإخراج المستحق من يد حائزه أدخل فى ضمانه بلا خلاف. وقال مالك فى العتبية إذا أثبته بشاهدين أو بشاهد وامرأتين دخل فى ضمانه من يوم الثبوت ولم ير ذلك ابن القاسم ويترتب على ذلك أربعة أحكام: الغلة والولد والرجوع بالبناء والغرس والرجوع بالثمن.

الغلة: قال فى المدونة هى لمن كانت بيده حتى يقضى بها وقال فى الموطأ هى للمستحق من يوم الثبوت. اللخمى. الغلة للمشترى فى خمسة مواضع إذا رد المعيب بعيب أو كان شراؤه فاسدا فنقض أو رد المبيع لفلس أو أخذ بالشفعة أو استحق وكذلك من صارت إليه عنه بإرث أو هبة فالغلة له لأنه حل فيها محله.

الولد: والمذهب أنه ليس بغلة ثم إن كان بزنى فهو رق للمستحق وكذلك إن كان بنكاح وهو يعلم أنها أمة وإن كان غير عالم فهو حر وكذلك إن نشأ عن وطء الملك ويغرم قيمة الولد وهل له أخذ الأم فقال مالك وابن القاسم يأخذها وفى الجلاب لا يأخذ إلا قيمتها.

البناء والغرس: وإذا بنى الحائز أو غرس فيما يعتقد أنه له ثم استحق من يده فيه الرجوع بقيمة ذلك قائما وقال مالك فى المستخرجة له الرجوع عليه بما عمر من عمل الناس فأما بنيان للأمراء فلا أدرى ما هذا قيل فما حسبه من عمل الناس قال ذلك له قيل أفيكون للبانى على القائم قيمة البنيان أو نفقته قال بل نفقته ولو بنى داره مسجدا فللمستحق هدمه قاله ابن القاسم ولم يقل يأخذ قيمة البناء قال سحنون وكأنه نحا إلى أن النقض لما جعله لله تعالى فلم يأخذ عنه قيمة ولكن يأخذه ويجعله فى مسجد آخر قاله عنه ابن عبدوس وهذا إذا كان البانى غاصبًا وأما إن بنى بوجه شبهة فيأخذ قيمته قائما فيجعلها فى مثله وإذا امتنع المستحق من دفع القيمة قيل للآخر ادفع قيمة أرضه فإن أبى أو كان عديما كانا شريكين على

قدر قيمة الأرض والبناء ولو بنى وغرس بغير وجه شبهة فله قيمة ذلك منقوضا بعد رعى أجرة الإخلاء وكذلك البانى فى أرض العارية والإجارة.

الرجوع بالثمن: وإذا استحق الجميع أو ما له قدر واختار الرد رجع بالثمن وإذا استحق بعض المبيع فإن كان عقارا وكان ذلك البعض معينا تافها كبيت من دار عظيمة لا يضرها ذلك لزمه البيع فى بقيتها ورجع بقيمة ذلك ولو كان يضرها أو كان المستحق جل ذلك رد الباقى ورجع بجميع الثمن وليس له حبس الباقى بحصته من الثمن عند ابن القاسم لأن ذلك مجهول لا يعلم إلا بعد التقويم وقد وجب له الرد فيكون رضاه بذلك مؤتنفا بثمن مجهول وقيل ذلك له وصوبه اللخمى وإن كان شائعا ففى المدونة إن استحق النصف أو الجل أو دون النصف مما يضر قال ابن يونس وإن كان العشر فهو مخير فى الرد أو التمسك ويرجع بحصة ذلك من الثمن وإن كان غير عقار واستحق منه جزء معين فإن كان الأقل رجع بحصته وإن كان وجه الصفقة رد الجميع ولا يجوز له التمسك بما بقى لما مر وإن كان شائعا وهو مما لا ينقسم كالعبد والدابة فله الرد بعيب الشركة وله التمسك بما بقى لأن حصته معلومة وإن كان مما ينقسم كالطعام فإن استحق منه الأقل رجع بحصته وإن استحق الأكثر فله الخيار ثم إذا وقع الحكم بالرد وطلب المستحق من يده الرجوع بالثمن فإن كان عالما بحصة ملك الذى اشتراه منه ففى رجوعه عليه قولان لأشهب وابن القاسم وإن لم يكن عالما ثبت له الرجوع فإن كان البائع غائبا وكان المبيع دابة فطلب المستحق من يده أن يضع قيمتها ويأخذها ليرجع بثمنها على الغائب مكنه القاضى من ذلك وضرب له أجلا فإن لم يأت بعده سلم القيمة للمستحق وجرى العمل بالطبع على رقاب الدواب إذا وجه بها ويدفع له الأمة أيضًا إن كان مأمونا وإلا فيكتب له القاضى بما ثبت عنده من صفتها.

الفصل السادس: فى أحكام العهد:

والغرض ذكر من تتوجه عليه فى الاستحقاق والعيب وبيان العهدة فى الرقيق والاستبراء.

أما الأول فالمتولى للبيع إن كان هو المالك فالعهدة عليه فى البيع والسلم. وأما التولية والشركة فهى أيضًا فى السلم على البائع. وأما فى البيع فإن وقعتا عند

صدور الإيجاب والقبول نسقا فهى على البائع فإن شرطها على المولى والمشرك جاز قال مالك وإن وقعتا بعد افتراقهما ولم تطل المدة فهى على المولى والمشرك فإن اشترطها على البائع فقال ابن حبيب ليس له ذلك إلا أن يشاء البائع فتكون حمالة وقيل له ذلك إن كان افتراقهما قبل المسير إلى السوق ونحوه حكاه ابن أبى زمنين عن ابن القاسم وإن طال لم يجز اشتراطها عليه بوجه وإن كان المتولى غير المالك وذلك وكيل وسمسار ووصى وقاض وفضولى فأما الوكيل فإن كان مفوضا فالعهدة عليه وكذلك العامل فى القراض والشريك المفوض وإن كان وكيلا خاصا بالبيع فالعهدة عليه إلا أن يتبين أنه وكيل. وأما السمسار فلا عهدة عليه بل على رب السلعة فإن لم يعرف فهى مصيبة نزلت بالمشترى ويحلف ما يعرفه. وأما الوصى فإن تجر لنفسه فالعهدة عليه وإن باع عليه لنفقة أو لبعض مؤنة وبين لم تكن عليه عهدة ويرجع المبتاع فى عين شيئه فإن أنفقه عليه لم يكن عليه شىء حكاه اللخمى يريد فإن كان لليتيم مال رجع عليه وأما القاضى فلا عهدة عليه وهى فى مال اليتيم فإن هلك ما له لم يكن عليه شىء ثم إن كان بيعه للنفقة أو للصدقة فإن المشترى يرجع على من قبض الثمن إن كان غائبًا فإن أنفقه لم يرجع عليه بشىء وإن باعه لقضاء دين المفلس رجع على الغرماء مطلقا وأما الفضولى فلا يختلف فى أن العهدة عليه ما لم يجز المالك البيع فإن أجازه ففى انتقال العهدة قولان لابن القاسم وسحنون وأما عهدة الرقيق والاستبراء فتختص بما يطرأ فى ذلك الزمان من العيوب وغيرها والضمان فيها من البائع على ما سنذكره.

والعهدة: قسمان: صغرى فى الزمان كبرى فى الضمان، وكبرى فى الزمان صغرى فى الضمان.

الأولى: عهدة الثلاث من كل الأدواء فما يطرأ على الرقيق من نقص فى بدن أو فوات عين فى مدة ثلاثة أيام فمن البائع وكأن هذه المدة مضافة إلى ملك البائع ولذلك كانت النفقة عليه إلا أن الغلة ليست له.

الثانية: عهدة السنة من الجنون والجذام والبرص فما حدث فى الرقيق فى سنة من يوم البيع من ذلك فهو من البائع وهاتان العهدتان يقضى بهما مطلقا فى رواية المدنيين ولا يقضى بهما فى رواية المصريين كابن القاسم وأشهب وغيرهما إلا إن

جرت العادة بذلك أو يحمل السلطان الناس عليهما وهل للسلطان حمل الناس عليهما أم لا روايتان ومبدأ الثلاث من أول النهار الموالى لزمن العقد ليلا كان أو نهارا وقال الباجى مقتضى مذهب سحنون الابتداء من أول زمن العقد إلى مثله وتدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة وقيل بل يبتدأ من حين انقضائها وقبض الثمن يصح على الطوع لا على الشرط لئلا يكون تارة سلفا وتارة ثمنا وإن كان مما يعرف بعينه لأنه ينتفع باستعماله.

الاستبراء: وكل أمة تحتاج إلى استبراء فلا تباع إلا على المواضعة والعهدة فيها على البائع حتى ينقضى الاستبراء وإذا قبضها المبتاع وجهلا أمد المواضعة أو تعمدا تركها والبائع مع ذلك منتف من وطئها أو مدع لاستبرائها فإنها تخرج من يد المبتاع وتوضع تحت يد ثقة ولو تأخر الأمد حتى ماتت فزعم المبتاع أنها لم تحض عنده لنظرت فإن كانت أيام حيضتها معلومة وذهب قدرها حكم باستبرائها وإن كانت مجهولة حملت على الغالب من أحوال النساء وهو الشهر فإن ماتت قبل تمامه فهى من البائع وإلا فمن المبتاع ولو رضى البائع بوضعها تحت يد المبتاع ثم أتى بعد شهرين أو ثلاثة فزعم أن حيضتها رفعتها وطلب الرد أو بعيب حدث بها عنده أو ماتت فطلب الثمن فله ذلك كما لو قالت الأمينة: إنها استبرأتها فإنها تسلم للمبتاع ووجب على من وقف الثمن عنده تسليمه وكما لو قال ذلك الأمين فإن قيل له بم عرفت ذلك فقال أخبرتنى بذلك زوجتى أو جاريتى فذلك جائز والنقد فيما بيع على المواضعة بالشرط غير جائز وبالطوع جائز.

الفصل السابع: فى الاختلاف والتنازع:

والاختلاف إما فى نفس الثمن أو فى عين المبيع أو فى كيفية البيع أو فيما تشتمل عليه الحدود.

أما الاختلاف فى الثمن فله ست صور:

الأولى: أن يختلف فى جنسه مثل أن يقول أحدهما دنانير ويقول الآخر ثوب فالحكم التحالف والتفاسخ اتفاقا ويرد المبتاع قيمة السلعة عند فواتها.

الثانية: أن يختلفا فى النوع مثل أن يقول أحدهما قمح والآخر شعير والحكم كالأول وقيل كمقدار الثمن.

الثالثة: أن يختلفا فى مقدار الثمن مثل أن يقول أحدهما خمسة والآخر عشرة وفى ذلك أربع روايات إحداها التحالف والتفاسخ ما لم يقبض المشترى السلعة فيصدق مع يمينه لليد وثانيتها التحالف والتفاسخ ما لم يقبضها وبين بها وثالثتها يتحالفان ويتفاسخان وإن بان بها ما لم تفت بتغير سوق أو بدن فيكون القول قول المشترى وهى رواية ابن القاسم فى المدونة وبها أخذ ورابعتها يتحالفان ويتفاسخان وإن فاتت ويرد القيمة بدلا من العين وهى رواية أشهب وبها أخذ واختاره المازرى وغيره ويراعى الأشبه مع الفوات ولا يراعى مع القيام على المشهور ويبدأ البائع باليمين على المشهور وقيل المبتاع وقيل يقرع بينهما ونكولهما كأيمانهما قاله ابن القاسم. وروى ابن حبيب أنه يمضى بما قال البائع وفى انفساخ البيع بتمام التحالف أو يفتقر إلى حكم ثلاث الأول لسحنون. والثانى لابن القاسم وقيل: إن تحالفا بأمر القاضى فلا بد من الحكم وإلا فلا. وينفسخ البيع ظاهرًا وباطنا وقيل ظاهرا لا باطنا وفائدة الخلاف حلية الوطء وغيره من التصرفات.

الرابعة: أن يختلفا فى التعجيل والتأجيل وفى ذلك خمسة قال ابن القاسم يتحالفان ويتفاسخان. وقال أيضًا لا يصدق المبتاع فى دعوى الأجل ويؤخذ بما أقر به حالا وقال أيضًا إن كان ما يدعيه قريبا لا يتهم فيه فالقول قوله وإلاَّ صدق البائع إلا أن يكون للسلعة أمد معلوم تباع إليه فالقول قول مدعيه منهما وقاله مالك يريد والسلعة قائمة وقال ابن وهب: إن كانت السلعة بيد البائع صدق مع يمينه وإلاَّ صدق المبتاع إن ادعى ما يشبه بعد يمينه وقيل: إن ادعى أجلا قريبا تحالفا وتفاسخا إن كانت السلعة قائمة وإن فاتت فالقول قول المشترى وإن ادعى أجلا بعيدا فالقول قول البائع.

الخامسة: أن يختلفا فى القبض والأصل بقاء كل عوض بيد صاحبه فإن قامت بينة أو ثبت عرف عمل عليه وقد ثبت فيما يباع فى الأسواق فى اللحم والخبز والفاكهة وشبه ذلك فإن قبضه المبتاع وبان به فالقول قوله فى دفع العوض وإن لم يبن فالقول قوله أيضًا عند ابن القاسم وقول البائع فى رواية أشهب وقال يحيى بن عمر القول قول المشترى فيما قل وقول البائع فيما كثر وأما غير ذلك من السلع والحيوان والعقار فالقول فيه قول البائع مع يمينه ما لم يمض من الزمان ما لم

يمكن الصبر إليه كالعشرين سنة ونحوها. ابن بشير. وذلك راجع إلى العادة وإشهاد المشترى بالثمن مقتض لقبض المثمون عرفا على المشهور ويحلف البائع إن قام بحرارة البيع والإشهاد وإن سكت حتى طال لم يحلف قاله أصبغ وقال ابن القاسم فى كتاب ابن سحنون يقبل قول المبتاع إن قال ذلك نسقا وإلا لم يقبل قال سحنون وغير ابن القاسم يقول فى هذا كله القول قول البائع وإذا طلب المبتاع من البائع أن ينزله فيما اشتراه منه من الرباع فإن تقيد عليه أنه تمكن منه لم يكن له مقال وكذلك إن أقر بصحة ملك البائع له فإن دفعه عنه دافع فالمصيبة منه قاله سحنون وإن لم يتقيد عليه بذلك ولا كان عالما لزمه إنزاله فيه. قال ابن الهندى وبه مضى العمل. وقال بعض الموثقين: إن مضى للابتياع عام لم يلزمه إن أقر المبتاع أنه عمر أو ثبت ذلك عليه. وفى الطرر قال المشاور إذا اشترى ملكا من رجل قد اشتراه وهو معروف لغيره فعليه إنزاله فيه ودفع الوثائق المتضمنة لشرائه إليه أو نسخها فإن أبى وظهرت الوثائق جبر على ذلك قال غيره فإن لم تظهر فللمبتاع الرد.

السادسة: أن يختلفا فى طيبه وفى كماله وسكته وإذا ادعى البائع أنه وجد الدراهم زيوفا فإن تقيد عليه أنها طيبة لم يكن له تحليف المبتاع وإلا حلف ما علمتها من دراهمى وما دفعت لك إلا جيدا فى علمى ولو حقق أنها ليست بدراهمه حلف على البت فإن رد اليمين على البائع حلف أيضًا على البت أنها دراهمه وما خلطها بسواها ولزمه بدلها ودعوى النقص كذلك فإن تقيد عليه أنه قبضها تامة لم يحلف له وإن عدها له وأخذها على أنها كاملة ثم ادعى الغلط حلف وإن اختلفا فى السكة فقال ابن القاسم له المتعارف فإن اختلفت النقود فى بلد المبيع فسخ فإن فاتت السلعة فله قيمتها قاله أصبغ إلا أن يكون بعضها غالبا فيقضى به ولو قال البائع كان البيع بالوازنة ولا تجرى الناقصة عندهم إلا على التجاوز فله الوازنة.

الاختلاف فى عين المبيع: وإذا حكم على المبتاع برد الثوب فقال البائع ليس هذا ثوبى فالقول قوله مع يمينه لأن المبتاع مدعى براءته منه بخلاف السمسار يدعى رد الثوب قال الأبيانى فى رجل أعطى سمسارًا ثوبا ليريه فلما رده قال ليس هذا ثوبى إن القول قول السمسار مع يمينه.

الاختلاف فى كيفية البيع: وفيه أربع صور:

الأولى: أن يختلفا فى البت والخيار وفى المذهب ثلاثة قال ابن القاسم القول قول مدعى البت وقال أشهب قول مدعى الخيار وقيل كمقدار الثمن.

الثانية: أن يختلفا فى الصحة والفساد وإذا تقيد عليهما الإشهاد بالصحة فلا اعتبار بقول مدعى الفساد وإلا فالقول قول مدعى الصحة قاله فى المدونة وقال عبد الحميد: إن غلب الفساد فالقول قول مدعيه.

الثالثة: أن يختلفا فى الرهن والحميل وذلك كمقدار الثمن.

الرابعة: أن يختلفا فى الرهنية والتاليج وإذا ادعى البائع أنه على سبيل الرهن فإن تقيد عليه فى عقد الشراء أنه بيع صحيح لا على سبيل رهن لم يكن له تحليف المبتاع وإن لم يتقيد ذلك عليه فأربعة وجوب اليمين وبه العمل وعدم وجوبها ووجوبها إن اتهم إلا أن تشهد البينة أنهما حضرا العقد بينهما على الصحة والرابع أن المبتاع إن كان ممن يعامل بمثل ذلك ويستسهله حلف البائع أنه رهن وأخذه ورد ما قبض وإلا حلف المبتاع وإذا باع الرجل من أحد بنيه ملكا ثم مات فزعم أخوته أن ذلك توليج ففى وجوب اليمين عليه ثالثها يحلف إن أثبتوا ميل أبيهم إليه وانحرافه عنهم.

الاختلاف فى الاتباع وما يشتمل عليه الحدود: وإذا اشترى عبدا ثم زعم أنه اشتراه بماله أو يشترى نخلا وفيها ثمرة مأبورة فيدعى أنه اشتراها مع النخل وكذلك الزرع والقول فى ذلك كله قول البائع لأن ذلك ثابت له بنفس العقد ولا يكون للمبتاع إلا بشرط وليس ذلك بمنزلة أن يبيعه ثوبا فيقول اشتريته مع هذا الثوب الآخر فإنهما يتحالفان ويتفاسخان لأن أحد الثوبين لبس تبعا للآخر وإذا باع رجل حانوتا ملاصقة دارا له وحفرتها فى الحانوت ولم يعلم بذلك المبتاع فأراد البائع تنقيتها فمنعه المبتاع وقال بيعك الحانوت بحقوقه ومنافعه يقطع حقك فى الحفرة قال ابن زرب بيعه للحانوت يقطع حقه فى الحفرة. واحتج بقول أصبغ فيمن باع عرصته السفلى وكان ماء عرصته العليا يجرى عليها ولم يبين ذلك فمنعه المشترى فقال أصبغ ذلك له ويصرفه عنه إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التى تعرف ويعرفها المشترى أن لا معدل لها وأن الماء ينصب إليها فإن كان المشترى دخل عليها

وإلا فلا وقال ابن المكوى المبتاع بالخيار فى التزام الحانوت بعيبه أو تركه والاختلاف فى السلم جار على ما تقدم والمسلم وزان المشترى فى بياعات النقد والمسلم إليه وزان البائع فينظر اختلافهما فى أى شىء هو واختلف إذا كان رأس المال عينا واختلفا فى المقدار هل يكون القول قول المسلم إليه فى قبض الثمن وغيبته عليه أو بعد أن يطول طولا ما أو بعد الطول الكثير وفى ذلك ثلاثة.

الفصل الثامن: فى أسباب الخيار:

وهى خمسة: الغبن والغلط والتغرير ومخالفة الشرط ووجود العيب.

السبب الأول: الغبن: قال القاضى عياض فى إكماله المغابنة بين الناس ماضية وإن كثرت وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وقيل للمغبون الخيار وفى المقدمات إن كان مسترسلا فله الخيار وإن باعه على المكايسة فلا خيار له على المشهور وعلى القول بالخيار فحده ابن القصار بالثلث.

السبب الثانى: الغلط: فإن كان فى الثمن فقد تقدم فى المرابحة وإن كان فى صفة البيع مثل أن يكون حجراً فإذا هى جوهرة فقد تقدم أيضًا فى أول البيوع.

الثالث: فى التغرير: وهو إما قولى كالنجش وإما فعلى كالتصرية والنجش قد تقدم تفسيره وحكمه والتصرية أن يربط أخلاف الناقة أو الشاة فلا تحتلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لبنها فيزيد المشترى فى ثمنها لذلك ويلحق بذلك كل ما يظن به المشترى كمالا كتلطيخ ثوب العبد بالمداد فيظنه المشترى كاتبا وذلك كله موجب للخيار.

الرابع: مخالفة الشرط وله صورتان:

الأولى: أن تكون فى البدن بزيادة أو نقصان مثاله أن يشترى دارا على أن قيسها مائة ذراع فتزيد ذراعًا وقد قال فى الموازية هو مخير إن شاء دفع حصة الذراع وإن شاء رد إلا أن يترك له البائع الزيادة. وفى الواضحة إذا اشترى عرصة بذراع مسمى فله الرد بالنقص والزيادة له كالثوب وأما الدار ذات المنازل فإنما توصف بحدودها فإذا سمى مع ذلك الذراع فهو كالتحلية فإن نقص الذراع يسيرا فلا قول للمبتاع وإن تفاحش النقصان بما له خطر فيكون عيبا يرد به وإن اشترط الذراع اشتراطا منصوصا فله الخيار فيما قل أو كثر ولو اشترى ثوبا على أن فيه سبعة أذرع فوجده

ثمانية فله الزيادة بما يخصها من الثمن قال ابن المواز وله الرد بالنقص.

الثانية: أن تكون فى صفة مثل أن يشترط وصفا فيجد غيره فإن كان ما شرط يتعلق بفواته إذهاب مالية وجب الخيار للمشترى ولو شرط ما لا غرض فيه ولا مالية لغى وإن شرط ما فيه غرض ولا مالية فيه ففى لزوم الوفاء به قولان ثم الوصف المخالف إن كان أعلى مما شرط لم يكن له خيار إلا أن يتعلق له بما شرط غرض ويظهر ذلك مثاله أن يشترى أمة على أنها ثيب فيجدها بكرًا فيقول: إنما اشترطت ذلك لعدم قدرتى على افتضاض البكر أو لأن على يمينا لا اشتريت بكرا فيكون له الرد وكذلك لو اشترط أنها كافرة فيجدها مسلمة فيقول أردت الكافرة لأزوجها من عبدى النصرانى وإن كان أدنى فله الخيار وإن كان مساويا لكن الأغراض تختلف مثل أن يشترط فى الأمة أنها نصرانية فيجدها يهودية ولا تفاوت بينهما فى الثمن ولا غرض إلا فى كونها كافرة ليزوجها من عبد له كافر لم يكن له خيار على الظاهر من المذهب ثم إذا صرح بالشرط فواضح وإن وصفه البائع بوصف يرغب المبتاع فيه لأجله ينزل منزلة الشرط وكذلك إن كان ذلك عادة البيع وبهذه القاعدة تظهر لك مسائل هذا الباب وبه تعرف سبب الخلاف فيما اختلف فيه.

السبب الخامس: وجود العيب: والمبتاع إن لم يشترط السلامة من العيب فالعرف قاض بأنه لا يدخل إلا على السلامة.

ومسائل هذا الباب تنحصر فى: الموجِب والموجَب:

الموجِب له ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون بالمبيع وقت ضمان البائع.

الثانى: أن يستلزم نقصا فى المبيع أو فى الثمن أو فى التصرف أو يخاف عاقبته وذلك يوجب النقص فى الثمن خلا الخصى فإنه ربما زاد فى الثمن وهو من العيوب وأما ما كان من نقص فى البدن لا يستلزمه خلا ما ذكرناه فلا أثر له كالخرق اليسير فى الثوب يخرج فى التفصيل وما يستلزم النقص فإن كان كثيرا فالمبتاع مخير فى الرد أو يمسك ولا شىء له وإن كان يسيرا فثلاثة وجوب الخيار وعدم وجوبه والتفرقة فإن كان من الأصول لم يكن له خيار وإنما يرجع بقيمة

العيب وإن كان من غيرها فله الخيار ابن أبى زيد ما كان من عيب خطير فى الدور يستغرق معظم الثمن أو يخشى منه سقوط حائط أوجب الرد وما كان يسيرا لا ينقص من الثمن لم يوجب ردا ولا رجوعا بقيمة وما كان بخلاف ذلك كصدع يسير فى حائط لم يوجب ردا ويرجع بقيمته فإن طلب المبتاع الأرش فقال له البائع اردد على مالى وخذ مالك وإلا أمسك ولا شىء لك لم يكن له ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون العيب مما يمكن التدليس به فإن لم يكن كذلك مثل أن يكون البائع والمبتاع قد استويا فى الجهل به وفى ذلك خمسة عدم الرد مطلقا لمالك وهو المشهور وعكسه رواه عنه الأبهرى والتفرقة بين ما هو أصل الخلقة فلا يوجب وما يطرأ لسبب فيوجب قاله ابن حبيب والتفرقة أيضًا فيرد بالكثير دون اليسير إذ لا يسلم منه قاله ابن الماجشون وقال أشهب: إن أمكن اختباره ككسر الجوزة والجوزتين والقثاة والقثاتين ففيه الرد إذا وجد باطنه رديئا ومثل أن يكون العيب ظاهرا لا يخفى فحكى ابن رشد أنه لا يوجب ردا وسئل عمن ابتاع كرما فوجده شارفا أنه لا يرد بذلك لأنه من العيوب الظاهرة وفى المتيطية إذا قام بعيب فى الدار فزعم البائع أنه من العيوب الظاهرة وأنه اكتفى بظهوره على أن يبينه له وزعم المبتاع أنه لم يره وشهدت البينة بظهوره أن المبتاع يحلف ما رآه وله الرد.

الموجَب: هو ثبوت الخيار على ما تقدم فإذا أراد بعض المبيع فإن كانت الصفقة متحدة فليس له ذلك وإن كانت متعددة فإن تعددت من جهة البائع مثل أن يشترى عبدا من رجلين فيجد به عيبا فيريد أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر فله ذلك على المنصوص وإن تعددت من جهة المبتاع مثل أن يشترى رجلان عبدا من رجل صفقة واحدة فيريد أحدهما رد نصيبه ويريد الآخر التمسك فقال مالك فى رواية ابن القاسم له الرد ولا مقال للبائع وهو قول الشافعى وقال فى رواية أشهب ليس له ذلك وهو قول أبى حنيفة وإذا فرعنا على رواية أشهب فرضى البائع بذلك جاز وكان شريكا للتمسك وليس للمتمسك أخذ نصيب الراد وقال ابن المواز له ذلك وقال ابن وهب إذا أراد أحدهما الرد وأبى الآخر تقاوما لأن البائع لا يقبل إلا جميعه وحكى عبد الوهاب أن أحد المتبائعين إذا أراد الرد وأبى صاحبه يقال للبائع إما أن تجيز له رد نصيبه وإلا فادفع له قيمة العيب وإن تعددت من جهة المبيع فإن

كان بعض المبيع أخا لصاحبه كالخفين والمصراعين لم يكن له ذلك وإن لم يكن كذلك وكان المعيب وجه الصفقة وهو هنا ما زاد نصفه على نصفه الثمن فليس له رده وحده فإما رد الجميع أو أمسك الجميع وإن لم يكن وجه الصفقة فله رده والرجوع بقسطه من الثمن ولو اشترى عبدين بمائة قيمتها سواء فله رد المعيب منهما والرجوع بحصته وليس له رد الآخر وإن كان أحدهما تبعا ووجد العيب بالأرفع فإما ردهما معا أو أمسكهما ولو كان بالأدنى فله رده ولزم الأرفع ولو فاته الأدنى ووجد العيب بالأرفع فله رده ومضى الفائت بما ينوبه من الثمن ولا تفيته هنا حوالة الأسواق لأن العيب لما وجد بالأرفع فكأن العيب وجد بهما معا وقيل يغرم قيمة الفائت ويرجع بجميع الثمن.

تنبيه: عيوب الطعام تخالف عيوب العروض لأنه مخير فى الطعام إذا وجد الثلث أو الربع معيبا كالكثير فى العروض لحاجة الناس إلى الطعام فله مزية كما خص بالنهى عن بيعه قبل قبضه وبالنهى عن التفاضل فيه إذا بيع بنوعه وقال سحنون إذا وجد العيب بيسيره لزمه السالم بحصته يريد إذا شاء ذلك البائع قال وإن وجد ذلك فى الكثير فليس لأحدهما أن يلزم الآخر البيع فى السالم إلا باجتماعهما. ابن أبى زيد يعنى فيما يكال أو يوزن لأن حصته معلومة. ابن حبيب عن ابن القاسم عشرون من مائة يسير وإذا قام المبتاع وخالفه البائع فى ذلك وطلب المبتاع الحكم كلفه الحاكم بثبوت العيب وأنه أقدم من أمد التبائع وأنه ينقص من الثمن كثيرا ثم يعذر فى ذلك إلى البائع فإن ادعى مدفعا أجله فى إثباته ثمانية أيام ثم ثمانية أيام وعليه حميل بالثمن ويجوز أن يكون بالوجه ويعرف بمقدار الثمن وتكون الجارية إن كان العيب بها عند المشترى إلا أن تكون رايعة ولا يوثق به فتخرج من عنده إلى أمين وإذا كان العيب لا يعرفه إلا غير العدول قبلت شهادتهم فيه وإن كانوا نصارى والواحد كاف لأنه من باب الخبر وهذا هو المشهور وقال محمد لا يرد من العيوب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل المعرفة وقال ابن الماجشون إن كان العبد المعيب حيا حاضراً اكتفى بالواحد وإلا فلا بد من اثنين عدلين قال بعض العلماء وهذا إذا كان القاضى أرسلهم وإن كان المبتاع هو الذى أتى بهم فلا بد من اثنين باتفاق أصحاب مالك وإن كان العيب مما لا يطلع عليه إلا النساء يثبته بشهادة امرأتين وقال سحنون إن كان فى الجسد كشف عنه الثوب

ونظر إليه الرجال وإذا فرعنا على الأول وكان العيب مما يميزه النساء قبل فيه قول امرأتين وإن لم يميزنه وصفنه لأهل المعرفة وعمل على قولهم وإذا عجز المبتاع عن إثبات العيب وطلب يمين البائع فقال ابن القاسم لا يمين له عليه إلا أن يدعى فى عيب ظاهر يمكن اطلاع البائع عليه ولو مكن من ذلك لأحلفه فى كل يوم ثم حيث نقول بوجوب الرد فلا بد من شروط ثم ذكر ما يترتب على الرد.

والشروط ستة:

الأول: أن لا يصدر عن المبتاع ما يدل على رضاه وذلك إما قول أو فعل أو سكوت أما القول فواضح وأما الفعل فمثل أن يتصرف فى المبيع تصرفا تقضى العادة بأن ذلك رضى بشرط أن يعلم بالعيب كوطء الجارية وبيعها وركوب الدابة فإن علمه وهو راكب نزل عنها ما لم يتعذر قودها والسكوت هو ترك القيام بعد علمه بالعيب.

الشرط الثانى: بقاء العيب فلو زال ولم تبق علاقته وأمن عوده سقط قيامه.

الثالث: بقاء المبيع بيد المبتاع فإن أخرجه عن يده كرهنه وإجارته فله الرد إذا رجع إلى يده عند ابن القاسم فإن أخرجه عن يده كرهنه وإجارته فله الرد إذا رجع إلى يده عند ابن القاسم فإن أخرجه عن ملكه بغير عوض كالهبة والصدقة فله الأرش على المشهور فإن أخرجه بعوض كالبيع فإن باع من بائعه منه بمثل الثمن فلا كلام له وإن باعه بأقل رجع ببقية الثمن وإن باعه بأكثر وكان البائع مدلسًا لم يكن له عليه شىء وإلاَّ رجع بالزائد على الثمن وإن باعه من غيره لم يكن له رجوع بشىء قال ابن القاسم لأنه إن باعه بالثمن أو أكثر فقد استوفى حقه وإن باعه بأقل فالنقص لم يكن لأجل العيب وهذا إذا رضى المبتاع بالعيب وأما إن رجع بقيمة العيب فله الرجوع بأقل من ثلاثة ما رجع به عليه وتمام الثمن وقيمة العيب من الصفقة الأولى.

الشرط الرابع: بقاء المعيب على حال لم يدخله نقص ولا زيادة.

والنقص على ثلاثة أضرب:

الأول: أن يكون يسيرا كذهاب الأثملة والظفر من الوحش والمبتاع فى هذا مخير بين أن يرد ولا شىء عليه أو يمسك ولا شىء له.

الضرب الثانى: أن يصير العين كأنها ليست هى كفقء عينى العبد وقطع يديه أو رجليه وهذا مفيت فيتعين الأرش كما لو مات أو قتل وكذلك إذا فصل الثوب تباين ومثله لا يفصل كذلك.

الضرب الثالث: ألا يخرجه ذلك عن المقصود منه وإنما يؤثر فيه تأثيرا له بال فهذا يوجب الخيار للمشترى بين أن يمسك ويأخذ الأرش أو يرد ما نقصه. هذه قاعدة المذهب وما وقع من خلاف فى إحدى الصور ففيه شهادة.

والزيادة على ثلاثة أضرب: زيادة فى القيمة وزيادة فى العين وزيادة معنى مضافة إليه.

الأول: الزيادة فى القيمة فإن كانت بحوالة الأسواق فكالعدم وإن كانت لزيادة وصف كتعليم العبد الصنعة وتعليم الأمة الطبخ والغسل فكذلك عند مالك. وقال بعض القرويين يجب أن يمسك ويرجع بقيمة العيب لما أخرج فى تعليمها وما قاله حسن وقد قال ابن القاسم فيمن غصب طعاما ونقله ثم لقيه صاحبه فأراد أخذه أنه لا يمكن من ذلك لكون الغاصب غرم على نقله ثمنا وكذلك من غصب عودا فنقشه أو نحاسا فصنعه أنه لا يؤخذ منه فراعى الغرامة فيما لا شبهة فيه فلأن يراعيها فيما فيه شبهة أولى.

الثانى: الزيادة فى العين وذلك ككبر الصغير وسمن الدابة فأما كبر الصغير فإن صار إلى الهرم فذلك فوت لأن الزيادة تضمنت نقصا وإن لم تتضمن نقصا فقولان قال مالك ذلك فوت يوجب الرجوع بقيمة العيب ولا خيار لأحدهما فى رد كبير فات بهرم أو صغير فات بكبر وقال أيضًا ليس له ذلك بفوت فإما رد ولا شىء له فى الزيادة أو أمسك وأخذ الأرش وأما سمن الدابة ففيها ثلاثة أقوال قال مالك هو بالخيار بين أن يرد ولا شىء له أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وقال أيضًا ليس له إلا الرد أو يمسك ولا شىء له وقال ابن القاسم إن كان سمنا بينا فله أن يمسك ويرجع بالأرش أو يرد.

الضرب الثالث: زيادة معنى مضاف إليه فإن كان بصنعة لا يمكن زواله إلا بالفساد كصبغ الثوب وخياطته وقصارته فذلك يوجب الخيار بين أن يمسك ويأخذ الأرش أو يرد ويكون شريكا بما زادت الصنعة فيه وإن كان مما يمكن انفصاله وكان

مخالفا لصورة المبيع كالثمار والصوف واللبن وغلات العبيد والدور فليس له إلا الرد أو يمسك ولا شيء له وإن كان موافقا لصورته كالولد ففى المدونة من اشترى إبلا أو بقرا أو غنما فولدت عنده ثم وجد بها عيبا فلا يردها إلا مع ولدها ولا شيء عليه فى الولادة إلا أن ينقصها فيرد معها ما نقصها يريد ولو كان فى الولد ما يجبر به النقص جبره على قول ابن القاسم فى الأمة يزوجها فتلد فليس له أن يردها إلا مع ما نقصها التزويج أو يمسكها ويرجع بالأرش ولا يردها إلا مع ولدها ثم إن كان الولد كفافا لما حدث عنده من العيب فله ردها ولا يعطى قيمة العيب أو يمسك ولا شيء له.

الشرط الخامس: أن لا ينقل المبيع إلى موضع بعيد وهو مما له حمل ومؤنة والبائع غير مدلس فإن نقله فذلك فوت يوجب القيمة ولو نقله إلى موضع قريب لزمه رده إلى حيث أخذه من البائع ولو كان البائع مدلسا لزمه أخذ المبيع حيث وجده وليس على المبتاع رده حكاه فى المتيطية.

الشرط السادس: أن لا يشترط البائع البراءة من العيب فإن اشترطها لم يكن للمبتاع رد على ما أذكره من التفصيل وذلك أن البائع إذا كان عالما بالعيب فأراه للمبتاع فرضيه فلا يختلف أن ذلك نافع ولو سمى له عيبا ولم يره إياه ولا أخبره أنه بالمبيع مثل أن يتبرأ إليه من عور ولم يره إياه ولم يخبره أنه بالمبيع لم ينفعه ذلك إذ قد يظن المشترى أن ذلك استظهار فى التحرز وليس هو بالمبيع قاله مالك فى رواية أشهب وإن لم يبين العيب وإنما تبرأ إليه مطلقا فإن كان عالما بالعيب لم ينتفع بذلك حتى يعينه ويبين ما فى الدبرة من نقل وإن كان جاهلا انتفع به على المشهور وحكى القاضى أبو محمد رواية أنه لا ينتفع بذلك ولا يبرأ إلا مما يريه المبتاع وإذا فرعنا على المشهور فهل يعم الانتفاع بشرط البراءة جميع المبيعات أو يختص ببعضها قولان: التعميم رواه ابن حبيب وابن وهب عن مالك وقاله ابن كنانة، والتخصيص فى البعض واختلف فى تعينه فروى تخصيصه بالحيوان ناطقا أو صامتا وهو مذهب الموطأ وروى بالناطق خاصة وهو مذهب المدونة.

وأما ما يترتب على الرد فخمسة أحكام:

الحكم الأول: الرجوع بالثمن: كما تقدم ثم إن كان عينا رجع بمثله وإن كان

ثوبا رجع فى عينه إن كان قائما فإن فات بحوالة أسواق أو بدن رجع بقيمته وإن كان مما يكال أو يوزن رجع فى عينه فإن تغير سوقه أو تلف رجع بمثله وقال أشهب إذا فات فهو بالخيار بين أن يتكلف شراء المثل ويرجع بقيمة العيب.

الثانى: فى الضمان: إذا تلف المعيب ولا بد من تمهيد قاعدتين:

الأولى: فى الرد بالعيب هل هو ابتداء بيع أو حل بيع.

والثانية: أن المذهب اختلف فى دخول المعيب فى ضمان البائع على ثلاثة أقوال. قال أصبغ يدخل فى ضمانه بنفس إشهاد المشترى أنه غير راض بالعيب ما لم يطل حتى يرى أنه راض به وقيل من حين إثبات العيب وقيل حتى يحكم به أو يرضى البائع بقبض الجميع فعلى الأول يضمنه البائع إذا أشهد المبتاع بالرد قال ابن القصار ينفسخ بنفس قوله رددت وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده يريد إذا كان العيب مما يوجب الرد بلا شك وأما لو كان العيب يحتاج فيه إلى اجتهاد أهل المعرفة هل هو مما يذهب بالعلاج فلا رد له قاله اللخمى وعلى الثانى يضمنه البائع بعد ثبوت العيب وعلى الثالث لا يضمنه إلاَّ بعد الحكم وهو قوله فى المدونة وسواء هلك بيد المشترى أو بيد البائع.

الثالث: رد السمسار الجعل: إذا كان البائع غير مدلس وإن كان مدلسا فلا. قال اللخمى إلاَّ أن يكون السمسار عالما بالعيب فدلس به قال غيره وللسمسار تحليف البائع أنه ما دلس بالعيب وحينئذ يرد الجعل وهذه إحدى المسائل الخمس التى يفترق الحكم فيها بين المدلس وغيره وهلاك المبيع من العيب وشراء البائع ما دلس فيه بعيب من مشتريه منه بأكثر من الثمن الذى باعها وإذا حدث عيب عند المبتاع بسببه مثل أن يفصل الثوب غير التفصيل المعتاد وأن يبيع بالبراءة ما يجوز بيعه بها فإنه يبرأ مما لا يعلم دون ما علم وقد مضى الكلام على ذلك كله.

الرابع: حكم ما يأخذه المكاس: مثل أن يشترى حمارًا فيؤدى عليه مكسا ثم يجد به عيبا فيريد الرجوع به على البائع ولم يحضرنى الآن فى المسألة نقل والذى يوجبه النظر أن البائع إذا كان مدلسا فيرجع به عليه وإلاَّ فلا وقد أشار ابن يونس إلى الخلاف فى المبتاع يؤدى مكسا على المبيع ثم يؤخذ بالشفعة هل يلزم المبتاع دفع ذلك أو لا وأجرى ذلك بعضهم على مسألة من اشترى شيئًا من يد لص هل يأخذه

ربه بلا ثمن أو حتى يدفع للمشترى ما دفع فيه ويمكن أن يقال إنه ظلم فيكون ممن أخذ منه الحكم.

الخامس: الغلة: ولا خلاف أن ما لا يتولد عن المبيع ككراء الدواب والعبيد والدور وشبه ذلك أنه غلة وأنه للمبتاع إلى يوم الرد وعليه النفقة والولد ليس بغلة فيرده والصوف إن كان على الغنم يوم البيع وقد كمل فجزه فإن كان بعد علمه بالعيب فذلك رضى وإن جزه قبل علمه ففى رده قولان لابن القاسم وأشهب بناء على أن له حظا من الثمن أو لا على قول ابن القاسم يرد مثله إن فات وما ثبت بعد الشراء فهو له وسواء جزه فى إبان الجزاز أو قبله والثمار إن كانت مأبورة قبل العقد واشترطها فإن ردها بحالها رجع بالسقى والعلاج عند ابن القاسم وأشهب وإن جزها حينئذ فهو بالخيار بالرد ورد ما نقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وإن ردها بعد الطياب ردت الثمرة على مذهب ابن القاسم وإن يبست فإن فاتت رد مكيلتها فإن جهلت رد قيمتها وإن باعها رد ثمنها ورجع بالسقى والعلاج قاله ابن القاسم وأشهب وقيل لا يرجع بشىء فإن جذها قبل وجود العيب فذلك نقص يوجب الخيار كما تقدم وإن ردها بعد الإبار فحكمها حكم النخل التى لا ثمر فيها ثم يردها وبها ثمرة مأبورة وإن كان بها حينئذ ثمرة قد طابت ردها مع الأصل فإن فاتت رد مكيلتها فإن جهلت مضت بما ينوبها من الثمن وقيل يرد قيمتها وإن كانت الثمار معدمة يوم البيع ورد الأصول قبل أن تصير فيها ثمرة وقد سقى وعالج فلا رجوع له بشىء من ذلك وقيل بل يرجع به على مذهب ابن القاسم وإن ردها بها ثمرة غير مأبورة رجع بالسقى والعلاج على مذهب ابن القاسم وأشهب ولم يرجع به عند ابن الماجشون وسحنون فإن جذ الثمرة فى هذا الحال فقال ابن رشد لا أعلم فيها نصا وموجب النظر عندى أن ذلك نقص يوجب الخيار وإن ردها وبها ثمرة مأبورة ردها مع الأصول وفى الرجوع بالسقى والعلاج قولان قال ابن رشد والقياس على قول من يرى الرد بالعيب ابتداء بيع أن تبقى له الثمرة.

* * *

كتاب الرهون

حقيقة الرهن لغة: اللزوم والحبس يقال هذا رهن لك أى محبوس دائم لك.

وحقيقته شرعًا: إعطاء مثمون وثيقة بحق.

حكمه: الجواز فى السفر اتفاقا وكذلك فى الحضر عند الكافة خلافا لمجاهد.

حكمة مشروعيته: حفظ المال ورفع التنازع.

أركانه: أربعة: الراهن، والمرتهِن بكسر الهاء، والمرتهَن بفتحها وهو الشىء المرهون، والمرتهن فيه.

• الراهن:

من فيه أهلية المعاملة فيصح من المأذون والمكاتب. والمحجور يرهن عنه أبوه أو وصيه فيما يبتاع له من طعام أو كسوة.

• المرتهِن:

بكسر الهاء من له الحق ويصح منه الحوز. والمحجور يقبض له والده.

• المرتهَن:

بفتح الهاء شرطه أن يكون متمولا يصح منه الاستيفاء فلا يصح رهن الخمر ولو من ذمى ويهراق على المسلم الراهن وليس عليه أن يأتى برهن آخر ولو كان من ذمى فرهنها من مسلم ثم فلس الذمى فالمرتهن أسوة الغرماء قال سحنون إلاَّ أن يتخلل فيكون أحق بها قال ولا يفسد البيع وإنما ترد إلى الذمى ويصح رهن المدبر ويستوفى من خراجه وإن تأخر الوفاء إلى موت سيده بيع فى الباقى ولو رهن دارًا ثم ثبت أنها حبس عليه فيقال لا شىء له من غلتها وقيل: له أن يأخذ من الغلة ويصح رهن الدنانير والدراهم ويطبع عليها إلاَّ أن تكون بيد عدل فلا يحتاج إلى طبع ويجوز رهن المثليات إذا طبع عليها وقال أشهب لا يحتاج إلى طبعها ثم المبيع إن وقع على رهن معين أجبر الراهن عليه وإلاَّ جبر على رهن ما جرت العادة به فى محله وقد جرت العادة فى الحواضر برهن ما يغاب عليه كالحلى والثياب وبرهن العقار، وإذا شرط الانتفاع فى الرهن جاز فى البيع دون القرض فيما عدا

النخل والشجر وإن لم يشترطه فالغلة للراهن ولا يدخل فى الرهن إلاَّ بشرط كمال العبد بخلاف النتاج وفى اندراج الصوف التام قولان لابن القاسم وأشهب وإذا شرط بقاء السلعة رهنا بالثمن ففى المذهب خمسة: الجواز، لابن القصار. والكراهة، لمحمد. والجواز فى العقد دون العبيد إلاَّ أن يكونوا بيد أمين قاله أصبغ والمنع إلاَّ أن يجعل بيد أمين وفى الجلاب يجوز فى الدور والسلع دون الحيوان.

• المرتهن فيه:

دين لازم أو صائر إلى اللزوم يمكن استيفاؤه من الرهن فلا رهن فى معين وما وقع من جواز الرهن به فالمراد قيمته إن تلف ولا رهن فى القراض ولا فى كتابة المكاتب ويجوز الرهن بالجعل لأنه يصير إلى اللزوم ولا يشترط فى الدين أن يكون معلوما بل لو دفع لرجل رهنا بما يداين به زيدا جاز قال بعضهم ويكون رهنا بما يداينه به إلى مبلغ قيمته.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى ثمانية فصول:

الفصل الأول: فى الحيازة:

وهى شرط فى الصحة وحقيقتها قبض الرهن بإذن الراهن بمعاينة البينة ولا يكفى الإقرار وإن وجد بيده بعد الموت أو الفلس وادعى قبضه قبل ذلك لم يقبل قوله على الأصح فإن رهنه دار سكناه فلا بد من إخلائها من شواغله وإن رهنه دينا فيدفع له ذكر الحق ويجمع بينه وبين الغريم بالمعاينة وإن لم يكن ذكر حق جمع بينه وبين الغريم ويتقدم إليه بمحضر البينة أن لا يدفع له شيئًا حتى يتخلص من دينه وقبض المشاع بقبض الجميع إن كان الباقى للراهن وإن كان لغيره فبحلوله محله ويجوز أن يجعلاه على يد الشريك واختلف فى كراء الموهوب هل يكون حوزا أو لا بد من معاينة البينة نزول المكترى فيه والقولان جاريان هنا والمتولى لكراء المرهون هو المرتهن وفى اشتراط إذن الراهن قولان والحائز من اتفقا عليه فإن اتفقا على أن يكون بيد عدل واختلفا فى تعيينه قدم عدل الراهن وقال ابن عبد الحكم يجعله القاضى حيث يراه.

الفصل الثانى: فى مبطلات الرهنية وهى ثمانية:

الأول: تراخى القبض إلى الموت أو الفلس ولو كان مجدا على المشهور.

الثانى: صيرورة الرهن إلى وصف لا يحل بيعه معه كانقلاب العصير خمرا.

الثالث: استحقاق الرهن بعد القبض ولو استحق قبله فقال ابن القاسم يخير البائع بين أن يرد البيع أو يمسكه بلا رهن وسواء طاع الراهن بالخلف أو لا وقال عبد الملك إن طاع بالخلف أجبر على القبول ولو كان غير معين واستحق قبل القبض أجبر على الخلف ولو استحق بعد القبض ففى إجباره على الخلف قولان ولو استحق نصفه بقى الباقى رهنا بالجميع.

الرابع: ذهاب الرهن بآفة سماوية قال ابن الماجشون إذا رهنه عبدا بعينه فمات عند المرتهن لم يكن على الراهن أن يخلفه ولو مات عند الراهن خير البائع فى إمضاء البيع أو رده عند ابن القاسم.

الخامس: رجوع الرهن إلى يد الراهن بأى وجه كان فلو طلب استرجاعه فقال أشهب له ذلك وقال ابن القاسم إلا أن يعيره له فليس له ذلك وحمل على غير المؤجلة واتفقا على أن الراهن متى فوته ببيع أو تحبيس أو عتق أو تدبير أو قام الغرماء أنه لا يكون له شىء.

السادس: أن يؤذن للمرتهن أن يكريه فإذا فعل بطلت الرهنية وإن لم يفعل ففى البطلان قولان لابن القاسم وأشهب.

السابع: بيع الراهن له قبل القبض وبيعه ماض على المنصوص وليس للمرتهن أخذه بغيره قاله فى المدونة وحمله ابن أبى زيد على أنه تركه عنده مدة وأما لو باعه بقرب ذلك بقى ثمنه رهنا وإن لم يدفع البائع السلعة فله أن يمتنع من تسليمها حتى يأتيه بغيره مطلقا ولو باعه بعد القبض بإذن المرتهن مضى ثم إن أسلمه بطل الرهن وإن لم يسلمه وقال قصدت التعجيل حلف وقيل للراهن أعطه رهنا يشبهه وخذ الثمن فإن لم يقدر وقف الثمن إلى الأجل قاله مالك ولو باعه بغير إذنه فله الرد فإن أجاز تعجل الثمن قاله ابن القاسم.

الثامن: إذا كان الرهن حصة من دار فاكترى الراهن حصة شريكه وسكن بطلت الرهنية وليس للمرتهن منعه من الكراء وإنما له منعه من السكنى ويطلبه فى

المقاسمة ليحوز نصيب الراهن فإن لم تنقسم اكتريت.

الفصل الثالث: فى التنازع:

وإذا اختلفا فقال المالك أمانة وقال البائع بل هو رهن فالقول قول المالك قال اللخمى ما لم تكن العادة فى مثله أنه يكون رهنا كالخاتم وشبهه عند من يبيع الخبز وشبهه فالقول قوله أنه رهن وإذا قال المرتهن كلا العبدين رهن وقال الراهن أحدهما أمانة أو قال هذا هو الرهن وقال الآخر بل هذا فالقول قول المالك ولو دفع إليه ثوبين فضاع أحدهما فقال المرتهن الضائع هو الأمانة وقال المالك بل هو الرهن فكل واحد منهما مدع ويأخذ الراهن الثوب الباقى بعد أيمانهما وإذا قضاه الدين وكان مثلا ألفا فلما أخرج المرتهن قال ليس هذا رهنى وذكر صفة ثوب يساوى ألفا فقال أصبغ الراهن مصدق لأنه ادعى ما يشبه ويحلف ويسقط عنه من الدين مقدار قيمة رهنه وقال أشهب القول قول المرتهن وإن لم يساو ما أخرج غير درهم ونحوه لابن القاسم وابن حبيب وابن عبد الحكم وإذا اختلفا فى القضاء فالقول قول المرتهن إلاَّ أن يسلم الرهن أو يطول فيكون القول قول الراهن ولو كان بالقرب فقولان ابن يونس قال سحنون إذا ادعى المرتهن أن الراهن سرق الثوب أو أخذه عارية وقال الراهن بل دفعت لك دينك وأخذته فالقول قول المرتهن إن قام بحدثان حلول الأجل مع يمينه كالصناع يطلبون الأجرة بحدثان دفع المتاع وإن اختلفا فى مقدار الدين فالرهن شاهد المرتهن إلى تمام قيمته ولا يكون شاهداً على الذمة بل إذا حلف المرتهن يقال للراهن ادفع ذلك وخذ رهنك وإلا أخذه المرتهن ولو فات الرهن وهو من ضمان المرتهن فقيمته قائمة فى الشهادة مقامه فإن اختلفا فيها تواصفاه وحوسب بتلك القيمة فإن اختلفا فيها فالقول قول المرتهن وإن كان من ضمان الراهن كالذى لا يغاب عليه أو ما قامت على تلفه بينة مما يغاب عليه على مذهب ابن القاسم أو ما كان بيد أمين فلا شهادة له لأن شهادته على نفسه لا على ذمة الراهن ولو كان قائما بيد عدل ففى كونه شاهدا لبقائه على حكم الرهنية أو غير شاهد لكونه غير مسلم للمرتهن وقولان لمحمد وأصبغ وصوب عبد الوهاب قول أصبغ ثم حيث اعتبرنا قيمته بذلك يوم الحكم إن كان قائمًا ويوم القبض إن كان فائتا.

الفصل الرابع: فى قيام الراهن بطلب الدين:

ويتوجه ذلك بموت الراهن قبل الأجل وبحلوله قبل موته وإذا مات الراهن حلت ديونه وكان للمرتهن أخذ دينه من التركة فإن لم يترك غير الراهن وكان مما يحل بيعه فى الحال بيع وأخذ دينه من ثمنه وإن لم يحل بيعه كالثمار بقى إلى أوان حل المبيع وإن كان الراهن حيا وحل الأجل طلب بالبيع إن لم يكن عنده وفاء بالدين فإن وكل أحدا على البيع وفوض إليه فللوكيل البيع ولو علق الوكالة بشرط مثل أن يقول لمن الرهن بيده من مرتهن أو أمين إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيعه ففى الجواهر لا يبيعه إلاَّ بإذن السلطان فإن باعه نفذ ولو شرط المرتهن أن له البيع من غير مطالعة والشرط بعد العقد جاز ولزم البيع ولو شرط ذلك فى العقد ففى استقلاله بالبيع أو لا بد من مطالعة السلطان خمسة قال مالك لا يستقل كان على يديه أو على يد الأمين وقال القضاة ابن القصار وعبد الوهاب وإسماعيل يستقل وفى المتيطية إن أقامه مقام الوكيل المفوض فى حياته ومقام الوصى التام الإيصاء بعد مماته استقل وبه الحكم وقال ابن العطار إن صدقه فى الاقتضاء استقل وإلاَّ فلا وقال ابن الفخار يستقل إن كان رهنا فى البيع دون القرض ثم إذا قلنا لا يستقل ففعل قال مالك يمضى وقال فى الموازية إن كان له بال كالدور والأرضين رد ما لم يفت فإن فات مضى وقال ابن القاسم إن فات لزمه الأكثر من القيمة والثمن قال وبلغنى عن مالك أنه يمضى إذا أصاب به وجه البيع وإن لم يفت هو أحب إلى. وروى أشهب أنه يمضى فيما يخشى فساده ويرد فيما لا يخشى فساده واتفق مالك وابن القاسم على أن التافه يمضى.

الفصل الخامس: فى فروع متفرقة:

منها: حكم السوس والفأر: وإذا أصاب الثوب سوس أو فأر فقال مالك فى الموازية لا ضمان على المرتهن فيه ويحلف ما أضعت ولا أردت فسادا وقال ابن وهب المرتهن ضامن ورأى عليه أن ينفضه ويتفقده وسوس الخشب من الراهن وقال فى المدونة فى القصار يأتى بالثوب وفيه أثر فزعم أنه من قرض فأر هو ضامن إلا أن تقوم له بينة أنه قرض فأر أو أثر سوس.

ومنها: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة فهو زان وولده رقيق للراهن ويبقى

رهنا مع أمه ولا ينتفع بدعوى الجهل وعليه ما نقصها بكراً كانت أو ثيبا إن أكرهها وإن طاوعته الثيب لم يكن عليه شيء قال أشهب وكذلك البكر والصواب أن يكون عليه ما نقصها لأنه عيب أدخله على مالكها.

ومنها: النفقة: وهى للراهن وعليه سقى الأشجار ويتولى ذلك المرتهن ولو أنفق المرتهن من عنده كانت النفقة فى ذمة الراهن لا فى الرهن إلا أن يقول أنفق والرهن رهن بما أنفقت ولو زرع هنا بيده فانهارت البئر وأبى الراهن من الإصلاح فأنفق المرتهن فى بنائها نفقة فنفقته فى الزرع أو فى النخل لا فى ذمة الراهن فيبدأ بما أنفق ثم بالدين قاله فى المدونة. وروى يحيى بن يحيى أن الراهن يجبر على الإصلاح إن كان مليا وإلا نظر فإن كان بيع الأصل خيرا له بيع منه بقدر ما يصلح به فإن طاع المرتهن بالنفقة ورأى أن ذلك خير له قيل أنفق وتكون أحق بالنخل بما أنفقت ولا ينظر إلى قيمة البناء ولكن بحسب ما أنفق كالسلف ولو أخذ الراهن مالا من أجنبى فأنفقه فيها فهو أحق بمبلغ نفقته من المرتهن إذا شرط أن نفقته فيه.

ومنها: أن يطلب المرتهن كراء الموضع الذى كان فيه الرهن فقال مالك: إن كان للرهن قدر كالطعام يختزن والعدد من العبيد فله الكراء وإن كان كالثوب والرأس الواحد فلا ولو تولى المرتهن الكراء وطلب الأجرة على ذلك فله الأجرة إن كان مثله يؤاجر نفسه فى مثل ذلك قاله مالك.

ومنها: أن السلطان إذا أخذ خراج الأرض من المرتهن ففى المدونة ليس له أن يرجع به على الراهن إلا أن يكون ذلك الخراج حقا.

* * *

كتاب الحوالة

حقيقتها لغة: قال القاضى عياض أخذت من التحول من شىء إلى شىء لأن من تحول من طلبه لغريمه إلى طلب غريم غريمه.

وحقيقتها شرعًا: نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى.

حكمها: الندب عند أكثر الشيوخ وقال بعضهم هى مباحة وذهب أهل الظاهر إلى وجوبها.

حكمة مشروعيتها: الرفق والتوسعة قال القاضى عياض وهى عند أكثر شيوخنا عقد مبايعة مستثناة من الدين بالدين ومن بيع العين غير يد بيد.

أركانها: أربعة: المحيل والمحال والمحال عليه والمحال به.

الركن الأول: المحيل: وشرطه عند ابن القاسم أن يكون له عند المحال عليه دين ولم يشترط ذلك ابن الماجشون وحقيقة الحوالة عنده الضمان بشرط براءة الأصل وثمرة الخلاف إذا أحاله على من ليس له عليه دين فأعدم المحال عليه فعلى قول ابن القاسم يرجع على المحيل وعلى قول ابن الماجشون لا يرجع ولو علم أن لا شىء له عليه واشترط عليه براءته من الدين لم يرجع عليه بشىء عندهما.

المحال: ويشترط رضاه بالحوالة.

المحال عليه: ولا يشترط رضاؤه لأنه محل التصرف ولا يشترط حضوره وإقراره وروى ابن القرطبى أن الإحالة على الغائب غير جائزة وإن كانت عليه بينة وتفسخ إن وقعت لاحتمال أن تكون عنده البراءة منه.

الرابع: المحال به: ويشترط أن يكون حالا ولا يشترط حلول المحال فيه وإنما يشترط استواؤهما فى القدر والنوع والصفة ويشترط أن لا يكونا طعامين من سلم أو أحدهما عند ابن القاسم وقال أشهب: إن استوت رءوس أموالهما جازت يريد إذا حل المحال به وإن كان أحدهما من قرض فروى ابن حبيب عن ابن القاسم المنع حتى يحلا وحكى عن بقية الأصحاب الجواز إذا حل المحال به كما لو كانا من قرض.

● **اللواحق:**

وهى العيب والاستحقاق والتنازع وإذا حال البائع على المشترى بثمن السلعة ثم ردها عليه بعيب أو استحقت فقال ابن القاسم لا تنفسخ الحوالة وغرم الثمن للمحال ورجع هو به على المحيل وقال أشهب تنفسخ ويرجع على المحال بما دفع له ويرجع هو على المحيل وهو اختيار المحققين وإذا صدر لفظ الحوالة فقال المحيل أردت الوكالة فادفع لى ما قبضت وقال الآخر بل كان لى عليك فأحلتنى به قال ابن الماجشون القول قول مدعى الحوالة إن أتى بما يشبه وإلا فقول المحيل ولو قال أحلتك ليكون ذلك سلفا عندك وقال الآخر إنما قبضته من دينى فقال ابن القاسم القول قول المحيل قال ولو كان اللفظ محتملا كقوله خذ الذى على من الذى لى على فلان ففلس فللمحال الرجوع على المحيل إن قال إنما طلبته نيابة عنى.

* * *

كتاب الحمالة

حقيقتها: لغة: الضمان. وشرعًا: شغل ذمة أخرى بالحق.

حكمها: الجواز ما لم تؤد إلى سلف جر منفعة أو ضمان بجعل.

حكمة مشروعيتها: حفظ المال بالتوثق والرفق والتوسعة على الغريم.

أركانها: أربعة: الضامن والمضمون والمضمون له والمضمون عنه.

الأول: الضامن:

شرطه أهلية التبرع فلا يصح ضمان المكره ولا المحجور وفى البكر المعنس ذات الأب ثلاثة المشهور الجواز وروى المنع والجواز بإجازة الأب وفى التى لم تبلغ حد التعنيس وليست فى ولاية قولان وضمان ذات الزوج جائز فى الثلث وكذلك فى أكثر منه بإذن الزوج فإن لم يأذن فله رد الجميع عند ابن القاسم وقيل يمضى قدر الثلث وكفالة المريض فى ثلثه فإن صح لزمت مطلقا وإقراره بها كإقراره بالدين.

تنبيه: هنا تسعة ألفاظ مترادفة الحمالة والضمان والكفالة والزعامة والقبالة والإدانة فيقال: حميل وضمين وكفيل وزعيم وقبيل وأدين ومثله عزيز ومبين وكوين.

الثانى: المضمون:

وهو على ثمانية أوجه:

الأول: أن تقع مبهمة كقوله: أنا حميل وفى حملها على الوجه أو المال قولان للمتأخرين واختار ابن يونس أن تحمل على المال.

الثانى: الحمالة بالمال ويشترط أن تكون فى الذمة فلا يصح ضمان المعين وهى لازمة فى الحياة والموت وله الرجوع بما أدى.

الثالث: الحمالة بالمال بشرط أن لا يرجع بما أدى وهذا حمل لا حمالة واختلف فى بطلانه بالموت إن لم يجز على قولين.

الرابع: الحمالة بالوجه المطلقة والمشهور سقوطها بإحضار الغريم وقال مالك فى كتاب ابن الجهم هى كحمالة المال لا تسقط بإحضاره ثم إذا لم يحضره غرم المال

وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه غرم.

الخامس: الحمالة بالوجه المقيدة بقوله وليست من المال فى شىء فلا يلزمه غرم إلا أن يقدر على إحضاره فلم يفعل أو ينذره فيهرب فإن اتهم على تغييبه حبس حتى يحضره.

السادس: الحمالة بما يتعلق بالأبدان وهى غير جائزة إذ لا يمكن استيفاؤها من المحيل.

السابع: الحمالة بالطلب وهى جائزة ولو كانت بما يتعلق بالأبدان ومعناها أن يتحمل بطلبه وإحضاره فإن عجز عن ذلك لم يلزمه شىء وعليه أن يحضره فإن كان غائبا أجل فى طلبه آجالا يسيرة ويبحث عنه فى البلد وفيما قرب إذا لم يعلم حيث توجه فإن علم موضعه فقال أصبغ يطلق على مسيرة يومين وقال ابن الماجشون يطلبه وإن بعد ما لم يتفاحش جدا وقال ابن القاسم يطلبه بحسب ما يرى أنه يقدر عليه ثم إن خرج ورجع فقال لم أجده ومضى من الزمان ما يمكنه فيه الوصول إليه صدق ابن القاسم ولو أقام الطالب بينة أنه أقام ولم يتماد سجن بقدر ما يراه السلطان ولا يضمنه المال إلا أن يلقاه فيتركه فيضمنه.

الثامن: الحمالة المترقبة مثل أن يتحمل بما يثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه وهى لازمة ولو قال لى على فلان ألف فقال رجل أنا كفيل لك بذلك لزمه غرمه إذا أقر به المطلوب قولا واحدا ولو قال لى على فلان حق فقال رجل أنا كفيل به فقال المطلوب له على ألف لم يلزمه غرمه حتى يثبته قولا واحدا بمنزلة قوله أنا كفيل بما بايعت به فلانا.

الثالث: المضمون له:

لا يشترط أن يكون معلوما بل لو قال أنا كفيل بديون فلان لزمه الغرم لكل من ثبت له على فلان شىء.

الرابع: المضمون عنه:

لا يشترط رضاه على المشهور من المذهب إلا أن يقصد الضامن الضرر به لعداوة بينهما ولو تحمل على صبى فأدى عنه بالقضاء رجع به فى ماله وكذلك ما أدى عنه من مال أفسده أو اختلسه قاله مالك.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى ثلاثة فصول:

الأول: فى قيام الطالب:

وإذا قام الطالب يطلب الحميل وكانت الحمالة بالوجه فقد تقدم الكلام على ذلك ثم إذا فرعنا على القول بأنه إذا أحضره له برئ بذلك مهما أحضره بموضع تأخذه فيه الأحكام ولو مكن الغريم نفسه من الطالب ففى براءة الغريم لابن عبد الحكم وابن القاسم قولان وإذا مات الحميل ففى سقوط الحمالة قولان لعبد الملك وابن القاسم وعلى قول ابن القاسم إذا مات بعد الأجل وأحضره الوارث برئ وإلا أخذ المال من التركة وإن مات الغريم ببلد الحمالة برئ الحميل وإذا مات بغيره فثلاثة قال أشهب يبرأ الحميل إن مات قبل الأجل وهو ظاهر المدونة وقال ابن القاسم إن مضى من الأجل ما لو خرج الحميل بطلبه فيه ويرجع قبل الأجل برئ قال وإن كنت قلت غير هذا فاطرحوه. وقال فى الواضحة: إن بقى من الأجل ما لو توجه فيه الغريم لوصل عند الأجل برئ وإن كان الضمان بالمال وشرط أن يأخذ به من شاء منهما فقال مالك له شرطه وبه أخذ ابن القاسم وقال أيضًا ليس له ذلك وبه أخذ أشهب وإذا مات الحميل قبل الأجل أخذ الحق من تركته ورجع به الوارث بعد الأجل على الغريم وروى يوقف إلى الأجل فإن كان الغريم مليا رجع إلى الورثة وإلا أخذ وإن مات بعد الأجل بدأ بالغريم.

الثانى: فى التأخير والإسقاط:

وتأخير الطالب للغريم تأخير للحميل لا إسقاط للحمالة قاله ابن القاسم وتأخيره للحميل بعد الحلول تأخير للغريم إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً للغريم فإن نكل لزمه تأخيره وسقوط الدين على الغريم سقوط عن الحميل ووقع لمالك فى رجل له حقان حق بحمالة وحق بغير حمالة فمات ولم تف تركته بالحقين وسأله الورثة أن يحيله فيما بقى له قبله ففعل ثم طلب الحميل قال: أرى أن يوزع ما قبض على الحقين ويحلف ما وضع إلا للميت ويرجع على الحميل بحصته فلم ير

السقوط عن الغريم سقوطا عن الحميل وفيه نظر وإنما يتوجه الرجوع مع بقاء الدين فإذا سقط سقط وقاله ابن يونس قال ولا معنى لهذا الإسقاط إذا كان يرجع به على الحميل.

الفصل الثالث: فى المطالبة والتنازع:

وإذا طلب الحميل الغريم بدفع ما تحمل به عنه ليبرأ من الحمالة مكن من ذلك ما لم يكن تحمله عنه بغير إذنه وله مطالبته بما أدى عنه بإذنه أو بغير إذنه وإذا قال الحميل تحملت بألف درهم وقال الطالب بخمسمائة دينار وصدقه المطلوب ولا مال له حلف الحميل وأخذت منه الدراهم فاشترى بها دنانير فإن اشتريت بها ثلاثمائة دينار رجع الطالب على الغريم بمائتين ثم إن أيسر الغريم أخذت منه الثلاثمائة فاشترى بها دراهم ودفعت للحميل فإن زادت على الألف دفعت الزيادة للغريم وإن نقصت عن الألف حلف الغريم ما تحملت عنى إلاَّ بخمسمائة دينار فإن نكل حلف الحميل وأخذه بالنقص قاله ابن القاسم ولو كان لرجل قبل رجل ألفان ألف من حمالة وألف من قرض فقضاه ألفا وقال قد بينت لك عند الدفع أنه القرض وقال الآخر بل بينت أنه عن الحمالة فقال مالك يحلفان ويقسم على الحقين وقال أشهب وغيره القول قول الطالب مع يمينه ولو لم يتداعيا البيان لقسم على الحقين ابن المواز وذلك مع استوائهما فى الحلول أو التأجيل ولو اختلفا لكان القول قول من ادعى القضاء عن الحال بلا خلاف.

* * *

كتاب الشفعة

وهى بسكون الفاء مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر لأن الشفيع يضم الحصة المبيعة إلى ماله فيصير شفعا وقيل من الشفاعة لأن الرجل كان فى الجاهلية إذا أراد شريكه البيع أتاه شافعا وسأله أن يؤثره به فسمى طالبها شفيعا وهى مركبة من استحقاق وبيع فمن حيث إن المشترى يجبر على تسليم ما اشتراه تشبه الاستحقاق ومن جهة أن عهدته عليه تشبه البيع.

حقيقتها: أخذ الشريك حصة جبرا شراء.

حكمها: وجوب التسليم عند وجود السبب والشرط وانتفاء المانع.

حكمة مشروعيتها: دفع ضرر الشركة.

أركانها: أربعة: الآخذ والمأخوذ والمأخوذ منه والمأخوذ عنه.

• الآخذ:

الشريك دون الجار خلافا لأبى حنيفة ثم الآخذ إنما يتوجه له الأخذ عند وجود المقتضى وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع كما قلنا والسبب نفس البيع إذ عليه أوجب صاحب الشرع الأخذ.

ويشترط فى سببيته خمسة شروط:

الأول: أن يكون الشفيع مالكا للرقبة لا للمنافع فلا شفعة لمالك المنفعة كالمعمر والمحبس عليه وقال مطرف وابن الماجشون للمحبس عليه الأخذ إن ألحقه بالحبس وللمحبس الأخذ إن شرط أن يرجع الحبس إليه وكذلك إذا أشفع ليلحقه بالحبس وقيل ليس له ذلك.

الثانى: أن يخرجه البائع عن ملكه بمعاوضة كالبيع وهبة الثواب والخلع والإجارة والإقالة والتولية والشركة والصلح عن الإقرار وعن أرش الجنايات وقيم المتلفات وفى المناقلة أربعة وجوب الأخذ لمالك وقاله ابن القاسم فى العتبية ونفيه والتفرقة فإن أراد البيع أخذ وإن أراد السكنى فلا قاله مالك أيضًا وربيعة والرابع أن ناقل بنصيبه من دار بنصيب شريكه من دار أخرى والداران بينهما لم تجب لأن مرادهما

جمع ملكيهما وإلا وجبت حكاه مطرف وابن الماجشون عن مالك وبه القضاء.

الثالث: أن يكون البيع صحيحا فلا شفعة فى الفاسد فإن فاتت ببيع فله الأخذ بالثمن وإن فاتت بالهدم والبناء فله الأخذ بالقيمة وقيمة البناء.

الرابع: أن يكون لازما فلا شفعة فى بيع الخيار إلا بعد الإمضاء ولا فى هبة الثواب إلا بعد الثواب.

الخامس: أن يكون الملك شائعا على البيع فلو اشترى رجلان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر.

وأما الشروط فأربعة:

الأول: أن يشفع ليملك لا ليبيع.

الثانى: بقاء الصحة التى يستشفع بها فى ملكه قبل بيع الشريك فإن باعها بعد بيع الشريك فثلاثة السقوط لمالك وعدمه لابن القاسم فى رواية يحيى وقال فى العتبية إن باع ولم يعلم فله الشفعة ومفهومه أنه إذا باع بعد أن علم لم تكن له شفعة.

الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة. وقد قال ابن القاسم فى رجل تصدق على أخته بسهمه فى أرض عوضا عمن ذكر أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه.

الرابع: أن يكون البيع ثابتا إما بالبينة أو بإقرار المتبائعين ولو أنكر المبتاع وأقر البائع ورد البيع بعد يمينه لم يكن للشفيع الأخذ بإقرار البائع ولو أقر المبتاع وأنكر البائع والشقص بيده لم يكن له الأخذ على المشهور وأوجب له ذلك أشهب. وأما المانع فالتصريح بالإسقاط وما يقوم مقامه ثم إن صرح قبل البيع فلا يلزمه وله الشفعة وإن صرح به بعد البيع ومعرفة الثمن ومعرفة المبتاع لزمه قال ابن القاسم وكذلك لو أسقط بعد البيع وقبل معرفة الثمن إلاَّ أن يأتى من ذلك ما لا يكون مثله ثمنا كجارية أو عبد أو دينار أو عشرين درهما فلا يلزم.

والذى يقوم مقامه ثمانية أصناف:

الأول: مقاسمة الشفيع المبتاع.

الثانى: ابتياع الشفيع الحصة من المشترى ولو ابتاع منه بعضها ثم قام ليأخذ

بقيتها بالشفعة فقولان.

الثالث: مساومته للشقص عند ابن القاسم دون أشهب.

الرابع: مساقاته.

الخامس: كراؤه وفيها القولان بين ابن القاسم وأشهب وعلى قول أشهب لو أراد المشترى إيقاف البيع بعد عقد المساقاة والكراء وقبل مضى الأمد لم يكن له ذلك ولو أراد الشفيع تعجيل الأخذ فله ذلك فيدفع الثمن ولا يسقط عنه من الكراء شىء.

السادس: سكوته وهو يرى المشترى يهدم ويبنى ويغرس وقيل ليس ذلك بمانع.

السابع: بيع المشترى للشقص والشفيع عالم حاضر غير منكر وذلك مانع خلافا لأشهب وله الأخذ بغيره من البياعات المنعقدة بعده.

الثامن: ترك القيام من غير عذر بعد العلم بالبيع وفى المذهب ثلاثة قال ابن وهب ليس له قيام مطلقا وعن مالك له القيام مطلقا والمشهور التفرقة فإن طال الزمان لم يكن له قيام وإلاَّ فهو على حقه واختلف فى حد القرب فروى أشهب أنه سنة وفى رواية إذا غربت الشمس من آخر أيام سنة ولم يشفع سقط حقه والذى ذهب إليه ابن القاسم أنه إذا جاوز السنة بما يعد تاركا فلا قيام له وله القيام بعد السنة وبه القضاء فإن كان له عذر لم يسقط حقه وذلك كالمرض فإذا صح أخذ قاله مطرف وابن الماجشون وقال أصبغ هو كالصحيح إلاَّ أن يشهد أنه على حقه قبل مضى أمد الشفعة وإن ترك التوكيل عجزا وإذا سافر الشفيع بعد علمه بالبيع لموضع قريب فهو على حقه وإن حبسه عذر عن الوصول ويحلف ما كان تاركًا لها فلو سافر إلى موضع بعيد لا يرجع منه فى العادة إلاَّ بعد انقضاء أمد الشفعة بطل حقه ثم إذا وجد المقتضى وقام يطلب الأخذ وكان رشيدًا فله الأخذ إذا كان مسلمًا وإن كان كافرًا والمبتاع مسلم فله الأخذ وقال أشهب لا شفعة له وإن كان محجورًا لحق نفسه فالأخذ لأبيه أو لوصيه أو للسلطان أو لوكيلهم فإن كان حجره لحق غيره كالمرأة والمريض والعبد والمفلس فأما المرأة والمريض فإن سلما فلا مقال لزوج ولا لوارث وإن أخذا لغير محاباة جاز وإلاَّ كانت المحاباة فى الثلث وأما العبد فالمقال لسيده وأما المفلس فإن سلم فلا مقال لغرمائه وإن أخذ فليس لغرمائه منعه قاله

مالك قال أشهب وذلك إذا لم يفلس فإن فلس فلهم منعه إن كان نظره لهم وليس لهم أن يكرهوه عليه وإن كان فيه فضل كثير وإذا طلب المبتاع الشفيع بالأخذ فإن صرح أنه يأخذ وسأل النظر بالمال أخر ما بينه وبين ثلاثة أيام قاله فى المدونة وقال عبد الملك وعشرة وقال أصبغ يؤجل على قدر المال وحال الشفيع فى العسر واليسر وأقصاه الشهر وإن صرح بالعجز قطع القاضى شفعته إن طلب ذلك المبتاع وإن أبى من إقالته ألزمه الثمن ويباع فيه ما أخذه وما يملكه وفى الموازية إن عجز لم تلزمه شفعة وحمله أبو عمران على أن المبتاع لم يلزمه الثمن وإذا تعدد الشفيع واتحدت الصفقة وقاموا كلهم فإن كانوا فى عقد واحد شفعوا على قدر أنصبائهم على المنصوص وإن كان بعضهم أخص قدم على المشهور كأهل مورث واحد فإنهم يتشافعون بينهم دون الشركاء فإن سلموا فهى للذين هم أعم فإن سلموا فهى لسائر الشركاء ويدخل أهل السهام على العصبة على المشهور والاعتبار بما وقع بالميراث لا بخصوصية البائع فلو ترك ثلاثة أولاد اثنان شقيقان والآخر للأب فباع أحد الشقيقين فالشفعة للأخ الشقيق والأخ للأب سواء إذ بالبنوة ورثوا وإن تعددت الصفقة واتحد الشفيع أو تعدد فله أن يأخذ ما شاء.

• المأخوذ:

وهو العقار ويلحق به ما كان من مصلحته كعبيد الحائط ودوابه وآلاته وليس للشفيع أخذ الشقص خاصة إلاَّ برضاء المبتاع وقد اختلف فى مسائل الخلاف فى وجود المقتضى أو فى قيام المانع أو فى التبعية فمن ذلك ما لا ينقسم كالحمام فمالك يوجب الشفعة وابن القاسم لا يوجبها ورواه أيضًا ابن الماجشون وبه القضاء ومنه الرحى إذا بيعت مع أرضها وفيها قولان قال ابن القاسم لا شفعة فيها ويشفع فى الأرض بما ينوبها من الثمن قال وهى كحجر ملغى وبه جرى العمل قال غير واحد من القرويين والأندلسيين مراده العليا خاصة وأما السفلى فهى من البناء فيها الشفعة كقدر الحمام وقال القاضى عياض ظاهر قوله خلاف ذلك ولا فرق بين العليا والسفلى عند من قال بالشفعة ولا عند من قال بعدمها وإذا فرعنا على قول ابن القاسم فيفيض الثمن على البيت ما فيها من أبنية وعلى الرحى العليا والسفلى فيما يخص الرحى يسقط عن الشفيع وهكذا فسره ابن القاسم فى رواية أبى زيد

ومنه المرافق كالطريق والمساحة والماجل فإذا باع أحد الشريكين منابه من ذلك بعد أن اقتسما البيوت فإن باعه مع نصيبه من البيوت فلا شفعة فيه وإن باعه وحده وكان يتصرف إلى بيوته رد بيعه وإن كان قد أضاف بيوته إلى دار له وباع ذلك لأحد شركائه فلبقيتهم الشفعة على القول بوجوبها فيما لا ينقسم وإن باعه من غيرهم فلهم رد البيع أو يجيزون ويأخذون بالشفعة ومنه الأندر وفيه قولان لأشهب وسحنون ومنه الدين ولا يكون من هو عليه أحق عند مالك من المبتاع به وقال أشهب وغيره هو أحق ولو قصد المبتاع التعنيت بالغريم لم يجز البيع ومنه العين والبئر ولا شفعة فيهما إن لم يكن لهما بياض ولا نخل وإن كان قد باع منابه من ذلك مع الأرض أو النخل ففيه الشفعة للتبعية وكذلك إن باع منابه فى الماء خاصة ولو باع منها شرب يوم فلشريكه منعه إذا كان يحتاج إليه وله الأخذ بالشفعة ولو باع منابه من الأرض ثم منابه من الماء فإن باعه من غير مشترى الأرض فله الشفعة فى الأرض دون الماء وإن باعه من مشتريها قبل أخذه بالشفعة أو يترك فله أخذهما معًا وليس له أخذ أحدهما ولو سلم فلما باع منه الماء أراد الأخذ فله أخذهما معا.

ومنه ثمار النخل فإن بيعت مفردة ففى المدونة فيها الشفعة كانت الأصول لهم أو بأيديهم مساقاة وقال فى غيرها لا شفعة فيها وبه قال ابن الماجشون وفى العنب الشفعة رواه ابن القاسم بخلاف البقول وأوجبها من رأيه فى المقاثى وذكر ذلك الباجى فيها رواية وفى الباذنجان والقرع والقطن وتنقطع الشفعة فى الثمار باليبس قاله فى المدونة وقال فى رواية أشهب فيها الشفعة حتى تجذ وإن بيعت مع أصولها فلم ير عبد الملك فيها شفعة وقال مالك فيها الشفعة وهو المعمول به ثم إن كانت الثمرة يوم البيع غير مأبورة وقام الشفيع وهى كذلك فهى له اتفاقًا وكذلك إن لم يكن فيها وقت البيع ثمرة فأثمرت ولم تؤبر وإن قام وقد أبرت أو اشتراها مأبورة أو اشتراها وليس فيها ثمرة فأثمرت وقام وهى مأبورة فله أخذها ويؤدى للمبتاع قيمة السقى والعلاج وقيل لا يؤدى شيئًا وقيل هى للمبتاع إذا قام بعد الإبار وإن قام وقد أزهت فى الصور الثلاث فله أخذها ما لم تجذ وروى أشهب أنه إذا اشتراها وهى مأبورة أنه أحق بها وإن جذت وإن قام وقد يبست فى الصور الثلاث فليس فيها شفعة وإذا قلنا: إنها تفوت بالجذاذ أو اليبس فيحط عن الشفيع ما ينوبها

من الثمن إن اشتراها وهى مأبورة أو مزهية أو يابسة وإن اشتراها وهى غير مأبورة أو ليس بها حينئذ ثمرة فهى غلة للمبتاع. ومنه الزرع ولا شفعة فيه إن بيع مفردًا إذ لا يباع إلاَّ بعد اليبس وإن بيع مع الأرض ثم استحق رجل نصف ذلك وهو يومئذ كامن أو ورق وهو أخضر فقال ابن القاسم لا شفعة له فى الزرع وقال أشهب فيه الشفعة مع الأرض وقال أيضًا يشفع فى الأرض دون الزرع.

• الركن الثالث: المأخوذ منه:

وهو من تجدد ملكه اللازم بمعاوضة حسبما قدمناه.

• الرابع: المأخوذ به:

وهو ما دفعه المبتاع للبائع وما غرمه هو على الشقص على ما سيأتى إن شاء الله تعالى. ثم المدفوع ثلاثة مثلى ومتقوم وما ليس بواحد منهما وإذا وقع الشراء بمثلى المثل بأن يكون عنبرًا يتعذر وجوده فعليه قيمته ثم إن كان مؤجلاً أو أخذه من دين مؤجل فأربعة فى المدونة يأخذ بالمثل فيهما وقيل بقيمة ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون إن كان الشراء بثمن مؤجل أخذ بمثله وإن أخذه من دينه أخذه بالقيمة وقال أشهب: إن أخذه عما فى الذمة وكان أخذ بمثله وإن كان عرضًا فبقيمته قال ابن المواز وهو غلط وعلى القول الثالث فتقوم تلك الدراهم بعرض يدفعه نقدًا وكذلك إن لم يأخذ حتى حل الأجل قال ابن الماجشون وقال سحنون يقوم الدين بعرض ثم يقوم بدراهم وبها يأخذ وإذا تراخى قيام الشفيع حتى حل الأجل ففى تأخير الشفيع إلى مثل ذلك الأجل أو يؤخذ بالمال حالاً قولان لابن الماجشون وأصبغ والأول قول مالك ثم حيث قلنا يؤخر فذلك إذا كان ثقة أو أتى بحميل ثقة فإن عجز عن ذلك قطع القاضى شفعته.

المتقوم: والقضاء أن الشفيع إنما يأخذ بقيمته وإذا أخذه بدراهم جزافًا شفع بقيمتها وقيل تبطل الشفعة قال اللخمى ولو أخذه بمثلى جزافًا أخذ بقيمته يريد يوم الشراء فلو انعقد البيع بدنانير وأخذ عنها عرضًا أو أخذ بعرض فنقد عينًا، فقال عبد الملك يأخذ بما خلص للبائع واستحب محمد أن يأخذ بما عقد عليه وقال سحنون: إن عقد بعين فأخذ عرضًا فقيمة العرض وما ليس بمثلى ولا بمقوم كالنكاح والخلع ودم العمد فيشفع بقيمة الشقص وقيل يأخذ فى المهر بصداق المثل.

تنبيه: إذا زاد المبتاع للبائع شيئًا بعد البيع ففى لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وعبد الملك وإذا قلنا لا يلزم فقال المبتاع إنما ردته فرارًا من الشفعة فإنه يحلف ويرجع وإن حط البائع شيئًا من الثمن وكان ذلك لعيب حط عن الشفيع اتفاقًا وإلا نظر فإن حط ما يشبه أن يحط فى البيع فيحط عن الشفيع وإلا فلا قاله ابن القاسم. وفى المدونة إذا اشترى بألف ثم حط سبعمائة بعد أخذ الشفيع أو قبله فإن كان يشبه أن يكون ثمن المبيع عند الناس مائة أخذه بمائة وإن كان لا يشبه أن يكون مائة أخذه بالألف يريد إذا كان ثمنه ثلاثمائة إلى أربعمائة فلا يحط عنه شىء وأما ما غرمه البائع كأجرة الدلال وكاتب الوثيقة وثمن الرق فهى من جملة الثمن فإن أدى أكثر من المعهود فله المعهود وبذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وكذلك يدفع قيمة ما يحدثه المبتاع من بناء وغرس وحفر الآبار وثمن العيون فيأخذ قيمة ذلك قائمًا قال مالك فى رواية أشهب والقيمة فى ذلك يوم الأخذ وقيل يرجع الغارس بما أنفق وضعفه أشهب. وفى مفيد الحكام: إن حفر بئرًا فلم يجد فيها ماء لم يرجع بشىء وفى المدونة فيمن ابتاع وديًا صغارًا ثم قام شفيع بعد أن صارت بواسق فإنه يأخذها ويدفع للمبتاع قيمة ما عمل ولو هدم المبتاع ليبنى أو ليوسع أو انهدم بسماوى فلا يحط عن الشفيع من ذلك شىء وكذلك ما غار من عيون أو بئر فإن استحق رجل نصف الدار أخذ نصف الشقص ثم إن شاء أخذ النصف الآخر مع نصف الشقص بالشفعة بنصف الثمن وإلا ترك.

اللواحق

وينحصر الكلام فيه فى أربعة فصول:

الأول: فى انتقال الضمان:

وينتقل الضمان إلى الشفيع بنفس الأخذ فما حصل فيه من هدم أو عيب فهو منه.

الثانى: فى العهدة والقضاء:

إن عهدة الشفيع على المشترى وإليه يدفع الثمن كان البائع قبضه أو لا قال مالك

ولو غاب المبتاع قبل أن يدفع الثمن ولم يقبض الدار فللشفيع أن يدفعه للبائع ويأخذ الدار وعهدته على المبتاع.

الثالث: فى العيب والاستحقاق:

وإذا وقع البيع بمعين فوجد به عيب أو استحق بعد أن شفع بقيمته فالشفعة ماضية ويرجع البائع على المبتاع بقيمة الشقص كانت أكثر مما أخذ المبتاع من الشفيع أو أقل ثم لا تراجع بين المبتاع والشفيع، قاله ابن القاسم وأشهب وأصبغ، وقال عبد الملك ينتقض ما بين الشفيع والمشترى كما انتقض ما بين البائع وبينه فإن شاء أخذ بما حصل عند البائع وإن شاء ترك فإن كانت قيمة الشقص أكثر أخذ بها إن شاء وإن كانت أقل رجع الشفيع بما بقى وقاله سحنون.

الفصل الرابع: فى التنازع:

وإذا قال البائع بعت بمائتين وقال المبتاع بمائة والشقص قائم تحالفا وتفاسخا وسقطت الشفعة فإن نكل البائع أخذه المبتاع بمائة وبها يأخذ الشفيع وإن نكل المبتاع وحلف البائع أخذ مائتين وبها يأخذ الشفيع عند أصبغ وابن عبد الحكم وقال أشهب بل يأخذه بمائة وإذا ادعى الشفيع أن الثمن أقل ولم تقم لواحد منهما بينة وأتيا معًا بما يشبه فالقول قول المشترى مع يمينه إن ادعى الشفيع المعرفة واختلف إذا اتهمه هل يحلف أو لا قولان وإن أتيا معًا بما لا يشبه حلفا وردا إلى الوسط مما يشبه فيأخذه أو يترك فإن حلف أحدهما ونكل الآخر أخذ بما حلف عليه الحالف وإن أتى المبتاع بما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه حلف وأخذ بما قال. قال مالك إلا أن يكون مثل هذه الملوك يرغب فى الدار تجاوره فيكون القول قول المشترى يريد إذا أتى بما يشبه أن يزيد فيها.

* * *

كتاب القسمة

حقيقتها: معلومة بالبديهة.

حكمها: الجوار بشرط السلامة من إتلاف المالية ومن الربا ومن الجهالة.

حكمة مشروعيتها: دفع التشاجر الواقع بين الشركاء.

أقسامها: ثلاثة: قسمة قرعة وقسمة مراضاة وقسمة مهاياة.

فقسمة القرعة: تكون بعد التعديل والتقويم ولا تكون إلا فى غير المكيل والموزون من العقار المتماثل والمتقارب وكذلك الحيوان والعروض وألحق ابن الماجشون ذلك بالمكيل والموزون وهذه القسمة يجبر عليها من أباها ولا يجوز أن تكون فيها مع إحدى الجهتين زيادة من غير جنسها وقال اللخمى فى دارين تساوى إحداهما مائة والأخرى تسعين لا بأس أن يقترعا على أن من صارت إليه التى قيمتها مائة يعطى صاحبه خمسة دنانير لأن هذا مما لابد منه ولا يتفق فى الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء. وصفة التقويم أن تقوم النخل كلها ثم تقسم تلك القيم على السهام وتقوم بيوت الدار فيجعل البيت الجديد قسمًا ومقابله بيتان بقيمته وتقوم الشاة الواحدة مثلاً بقرة بعشرة ومقابلتها شاتان أو أكثر بقيمتها وهكذا وتقسم على أقل السهام فمن وقع سهمه بموضع ضم إليه بقيمة سهامه مما يليه فإن بقى لأحدهم كسر من القسمة كان شريكًا به مع من يجاوزه فى شجره. وفى المدونة فيمن ترك زوجة وأولادًا أو عصبة لم يسهم للزوجة إلا على أحد الطرفين لا فى الوسط فأى الطرفين خرج لها أخذته وكان الباقى للولد أو للعصبة وكذلك إن تعدد الولد أو العصبة ولا يجمع حظ رجلين وإن أراد ذلك الباقون إلا فى مثل هذا وحمل القاضى عياض وغيره قوله ولا يجمع حظ رجلين على ما إذا كانت الأنصباء متساوية وكذلك وقع مفسرًا فى العتبية عن مالك قال فيها وإن كان لقوم الثلث ولآخرين السدس ولآخرين الثمن فيجمع كل سهم فى القرعة وإن كرهوا وتأول ابن القاسم عن مالك أنه لا يجمع نصيب اثنين مطلقًا إلا العصبة إذا رضوا بذلك وعلى الأول أصحاب مالك قال أصبغ وعبد الملك ومطرف وهو قول مالك.

صفة القرعة: أن تكتب أسماء الشركاء وتجعل فى بنادق من طين أو شمع وتخلط ثم يرمى بها القاسم فى الجهات.

قسمة المراضاة: تكون تارة بغير تقويم وتارة بعد التقويم وهى جائزة فى المتفق والمختلف لأنها بيع من البيوع ولذلك يحترز فيها من الربا وفى جوازها بالقرعة قولان لأشهب وابن القاسم وفى قسمة القرعة قولان قيل هى بيع وهو الصواب وقيل تمييز حق.

قسمة المهاياة: بالنون وبالياء مع الهمز وهى جائزة إذا سلمت من الغرر فإن كانت لزمان معلوم فى سكنى الدار الواحدة مثل أن يسكنها هذا شهرًا وهذا شهرًا جاز وإن كثرت المدة وكذلك إن أخذ هذا أرضًا يزرعها عامًا وأخذها الآخر يزرعها عامًا إذا كانت مأمونة مما يجوز النقد فيها وأما العبد والدابة فلا يجوز ذلك فيهما المدة الطويلة ويجوز المدة اليسيرة قال محمد كالخمسة الأيام فأقل وقال مالك فى المجموعة يجوز فى الشهر ابن القاسم وأكثر منه بقليل وهذه تسمى المهانأة فى الأزمان والمهانأة فى الأعيان مثل أن يأخذ هذا دارًا يسكنها ويأخذ الآخر دارًا يسكنها أو يأخذ هذا أرضًا يزرعها ويأخذ الآخر أرضًا يزرعها أو يأخذ هذا عبدًا يستخدمه ويأخذ الآخر عبدًا يستخدمه وظاهر كلام ابن الحاجب أن ذلك جائز غير لازم ونص ابن القاسم فى المجموعة على عدم الجواز فى السكنى والزراعة والاغتلال.

أركانها: ثلاثة: القاسم والمقسوم لهم والمقسوم.

الأول: القاسم:

من له معرفة والواحد كاف ويقبل القاضى قوله إذا كان بتولية والاثنان أحسن قال التونسى: يلى القسمة اثنان فصاعدًا لأن قولهما يجرى مجرى الشهادة إن شهدا وهما قائمان، وإن شهدا بعد عزلهما ردت شهادتهما لأنهما حينئذ يشهدان على فعل أنفسهما.

الثانى: المقسوم لهم:

هم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهاياة فى الأزمان فى الدور والأرضين دون الشجر ويقسم عن السفيه الأب أو الوصى أو القاضى فإن كان الوصى شريكًا مع

اليتيم قدم القاضى من يقاسم عن اليتيم فإذا قاسمه المقدم رده إليه لينظر فيه. ولوكان معهما أمين فقسم الوصى وجعل سهمه مع سهم اليتيم مشاعًا فقال ابن أبى زيد ذلك جائز على المراضاة دون سهم وقال غيره يفسخ وإن كان سدادًا ولو كان مع الأصاغر أكابر فقال فى المدونة أحب إلى أن يدفع إلى القاضى فإن لم يفعل وقاسم الأكابر على وجه الاجتهاد جاز وفى قسمة الأصاغر إذا لم يكن معهم كبير ثلاثة: الجواز لسحنون والمنع هو ظاهر المدونة قال فيها ولا يقسم الوصى على الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إن رآه نظرًا والكراهة ابتداء فإن وقع مضى قاله مالك أيضًا ويقسم الوصى بالقرعة وفى قسمته عليهم بالمراضاة قولان وفى قسمة الكافل قولان المنع فى المدونة وروى الجواز وقاله ابن القاسم فى كافل اللقيط.

الثالث: المقسوم:

والمتملكات أربعة أجناس: العقار والحيوان والعروض والمثليات.

العقار: أنواع منها الدور وما كان منها متقاربًا فى النفاق والمواضع والتشاح جمع ولو أبى بعض الشركاء من الجمع وطلب أن يقسم كل صنف وحده وقال غيره بل يجمع فالقول قول من دعا إلى الجمع وإذا كان فيها ما يقع فيه التشاح لم يجمع وقسمت كل دار وحدها ولو كان فى الدور الجديد والقديم قسم الجديد بانفراده والقديم بانفراده فلو اقتسما دارًا علوًا وسفلاً جاز بالتراضى وفى القرعة قولان ويقوم سقف السفل مع السفل وما فسد منه فإصلاحه على صاحب السفل وما فسد لأجل تصرف أصحاب العلو فإصلاحه عليه ويقوم سقف السطح مع بيوت صاحب العلو ولا مرفق لصاحب السفل فى السطح. ابن القاسم ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة صاحب السفل قال اللخمى: تلك عادتهم والعادة اليوم أن صاحب السفل يختص بالراحة وعلى ذلك يقع القسم. ومنها الأرضون قال ابن القاسم لا تجمع حتى تتقارب فى الأماكن والنفاق وقال أشهب إن كانت فى نمط واحد جمعت وإن كان بعضها أكرم وكذلك قال فى الدور ووافقه سحنون فيها وخالفه فى الدور وقال فيها بقول ابن القاسم. ومنها البئر ولا تصح قسمتها ولا المقاواة فيها وكذلك الماجل إلا أن يكون واسعًا بحيث إذا ضربا بينهما حائطًا صار

لكل واحد ما ينتفع به. ومنها الحوانيت فإن كانت فى سوق واحد أو فى سوقين تتفاوت فيها الأغراض جمعت وإلا فلا ولا تجمع الديار إليها قال اللخمى وقد يستحب جمعها إلى ديار الغلة إذا قيل أن الغرر فى ذلك يسير قال ويسأل أهل المعرفة فى الفندق والحمام فإن قالوا تتفاوت معرفتهما جمعا. ومنها الأبرحة وهى جمع براح بالفتح وهى الفدادين فإن كان بعضها قريبا من بعض وكانت فى الكرم سواء جمعت وجعل نصيب كل واحد فى موضع قال ابن القاسم ولم يحد لنا مالك فى القرب حدًا وأرى الميل ونحوه قريبًا فى البساتين والأرضين فإن كانت الأبرحة مختلفة وهى متقاربة وكانت فى الكرم سواء وبينهما تباعد كاليوم قسم كل براح على حدته. ومنها الجنان والنخيل والزيتون والكرم وكل واحد منها صنف لا يجمع مع الآخر بالحس. وكذلك الشجر الفاكهة هى أيضًا صنف وإن اختلفت فى أنفسها كتفاح ورمان وخوخ وغير ذلك واختلف إذا تراضوا بالقرعة فأصل ابن القاسم المنع وأصل أشهب الجواز ووقع لابن القاسم فى رجلين بينهما نخلة وزيتونة لا بأس أن يقسماهما بالتراضى إذا اعتدلتا وإن أبيا لم يجبرا فإن لم يعتدلا باعاهما أو تقاوماهما فقوله إذا اعتدلتا يدل على أنه أراد القسمة بالقرعة لأن قسمة التراضى لا يشترط فيها ذلك قال بعضهم هذا منه نزوع إلى قول أشهب وحمله اللخمى على أنه أجازه للضرورة فيما قل وقيل بل أراد قسمة التراضى وإذا كان فى الجنة أشجار من فواكه مختلفة الثمار قسم بالقيمة ولا يجمع ما يسقى بالنضح مع ما يسقى بالعين ولا يقسم البعل مع السقى وإن تقاربت الحوائط ويقسم كل واحد على حدة إلا أن يتراضوا بالجمع، قال سحنون وذلك بغير قرعة. ومنها العيون والآبار وقد منع فى المدونة من قسم أصلها قال وإنما يقسم شربها بالقلد.

الجنس الثانى: الحيوان: والرقيق كلهم صنف يجمعون فى القسم عند ابن القاسم اللخمى قال ابن القاسم الخيل والبراذين صنف يجمعان ولا تجمع البغال إلى الحمير والإبل إن تقاربت ولم يجز سلم بعضها فى بعض جمعت وإن تباينت وجاز سلم بعضها فى بعض جمعت على أحد قولى ابن القاسم وإن كان الجيد يحمل القسم وحده وعلى قوله الآخر لا يجوز إلا أن يحمل القسم على كل صنف بإنفراده وعلى قول أشهب لا يجوز بالجبر وإن لم يحمل القسم على الانفراد.

الثالث: العروض: ابن شاس يجمع البز كله من ديباج وحرير وثياب كتان وقطن وأفرية وثياب صوف إذا لم يكن فى كل قسم ما يحمل القسم وما ذكره هو قول ابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون البز صنوف مختلفة لا يجوز قسمه إلا ما كان صنفا واحدًا أو متشابها وإن عدل بالقيمة إلا أن تكون قسمتهم بالتراضى والبسط والوسائد يجمع بعضها مع بعض إن لم يكن فى كل صنف ما يحمل القسم عند ابن القاسم والصوف كله صنف ويجوز أن يقسم على ظهور الغنم إن جز مكانه أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها وما له أخ لا يقتسم إلا بالتراضى كالمصراعين واللؤلؤ إن كان كثيرًا قسم كل صنف بانفراده.

الجنس الرابع: المثلى: فمنه الثمار فإن زايلت الأصول قسمت كيلاً وإن لم يتزايلها وأرادوا قسمتها مع الأصول لم يجز ويقتسمون الأصول ويتركونها حتى تجذ فتقسم كيلاً فإن اشترط أحدهما ما يصفر فى نخلة ويبقى الباقى مشتركًا فيجوز وإن أرادوا قسمتها على رؤوس النخل بعد قسمة الأصول بالخرص بعد الزهو لاحتياجهم جاز وعلى كل واحد سقى نخله وإن كانت ثمارها لغيره كما لو باعها قاله ابن القاسم وقال سحنون سقيها على رب الثمرة بخلاف بيعها ولو أرادوا قسمتها وهى بلح فأجازه ابن القاسم إن اختلفت حاجتهم بالبيع والأكل إذا لم يترك مريد الأكل ما صار له حتى يزهر وقال سحنون لا يجوز وإن قلنا بالجواز فجذ أحدهما حظه وأبقى الآخر إلى الزهو انتقض القسم وكان ما زها وقيمة ما جذ مشتركًا بينهما وهو يوم الجذاذ وإن كانت الثمار مما لا يخرص لم تقسم وإن احتاج إليها أهلها قال ابن القاسم وروى أشهب الجواز إن وجدوا من يحسن ذلك وحل بيعه واختلفت حاجتهم إليه قال اللخمى والخلاف فى حال فإن جرت عادتهم بالخرص جاز وإلا فلا. ومنه الزرع فإن أرادوا قسمة الأرض أبقوه حتى يحل بيعه وإن أرادوا قسمته وحده لم يقسم إلا كيلاً ولو اقتسماه قبل أن يبدو صلاحه بالتحرى على أن يحصداه مكانهما جاز إن كان يقدر على التحرى. ومنه البقل وفى جواز قسمته بعد صلاحه قولان لأشهب وابن القاسم قال اللخمى منعه ابن القاسم لعدم من يحسن وأجاز أشهب إذا تبين الفضل وخرجا عن الخطار. ومنه المطعومات الربوية وغيرها وتقسم بما تباع به من كيل أو وزن وأجاز ابن القاسم

القسمة بالتحرى فى اليسير من اللحم والخبز والبيض وفى قسمة الكثير منه ومن غيره بالتحرى أربعة: المنع مطلقًا ربويًا كان أو غير ربوى قاله مالك وهو الصحيح والمنع فى الربوى لمالك أيضًا والمنع فيما يكال والجواز فيما يوزن لمحمد وقال أشهب إن كان فيما يجوز فيه التفاضل جاز ويجوز فى كل موزون وما ليس بمطعوم يقسم أيضًا بما يباع به وهل يجوز تحريًا أو لا قال مالك يجوز قال عنه مطرف وابن الماجشون يجوز على التعديل والتفصيل ولا يجوز على الشك فى تعديله وقال ابن القاسم لا يتجوز قسمة الحناء والكتم والتبن والنوى والكتان والمسك إلا كيلاً فيما يكال أو وزنًا فيما يوزن إلا أن يقتسماه على معنى التفاضل البين ثم حيث يقسم كيلاً أو وزنًا فهل يراعى الكيل والوزن المعروفين أو قال ابن رشد إن كان المكيل والموزون صنفًا واحدًا وهو صبرة واحدة جاز بالمجهول كان مما يجوز فيه التفاضل أو لا وإن كان صبرتين مما لا يجوز كقمح وشعير لم يجز إلا بالمعلوم وإن كان مما يجوز فيه التفاضل من الطعام وغيره فيجوز على الاعتدال والتفاضل البين بالمعلوم إلا أن يكون فى صبرة واحدة أو فى صبرتين واقتسما كل صبرة وحدها فيجوز أيضًا بالمجهول.

اللواحق

تشتمل على أربعة فصول:

الأول: فى الغبن والغلط:

وإذا قام أحدهم بالغبن أما قسمة المراضاة بغير تعديل فحكمها حكم البيع والمشهور أن البيع لا يقام فيه بغبن وأما قسمة المراضاة بعد التعديل وقسمة القرعة فيرجع فيهما بالغبن ويعفى عن اليسير فى قسمة المراضاة واختلف فى اليسير فى قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير فقال ابن أبى زيد وغيره هو معفو عنه وقال آخرون تنتقض القسمة وهو عندهم ظاهر المدونة وهو قول الليث وابن حبيب. ابن القاسم وإذا ادعى أحدهم الغلط مضى القسم ويحلف المنكر إلا أن تقوم للمدعى بينة أو يتفاحش الغلط فينتقض القسم ما لم تفت الأملاك بهدم أو

بناء أو غير ذلك فإذا حصل الفوت أخذت الغلط فاقتسموها فإن فات البعض قسم ما لم يفت مع قيمة ما فات قال إسحاق بن إبراهيم وإنما يقام بالغبن فيما قرب دون ما بعد.

الفصل الثانى: وجود العيب:

وإذا وجد بأحد القسمين عيب فإن كان يوجد ما صار إليه أو أكثره رد الجميع وابتداء القسم ما لم يفت نصيب الآخر ببناء أو هدم أو خروج عن اليد فيرد قيمته يوم قبضه فيقسمان تلك القيمة مع المردود وليست حوالة الأسواق فى الدور فوتا وإن كان المعيب الأقل فقال أشهب يرده ويرجع فيما بيد شريكه وقال فى المدونة لا يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذا لم ينتقض القسم ولكن ينظر فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على شريكه بقيمة نصف ما أخذ ثمنًا ويقتسمان المعيب.

الثالث: فى الاستحقاق:

وإذا وقع الاستحقاق فى تابع لم ينتقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار إليه مرجعه ولا يتبع الملى على المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره وإن استحق بعضه فثلاثة ابن القاسم قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً وإن كان يسيراً رجع بقيمته وقال مرة يرجع فيساوى صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيراً أو قليلاً وقال مرة ينتقض فى الكثير ويرجع فى اليسير شريكًا.

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة وأجوبة مختلفة اضطربت لأجلها مسائل الشيوخ فى تحقيق مذهبه وقد نبه عليها القاضى عياض فى تنبيهاته قال بعض الشيوخ والذى يظهر من مذهبه أن مذهبه المعلوم فى البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع وإن القسمة تستوى مع البيع فى اليسير الذى لا يردان منه وهو الثلث فما دونه وفى الجل الذى يرد منه البيع ويفسخ القسمة ويفترقان فى النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك ولا تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكًا فيما بيد صاحبه وكذلك العيب. ابن يونس هذا تحصيل حسن وليس فى الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما فإنه قال يرجع

بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل ولم يكن فى الكتب تناقض.

الفصل الرابع: فى طروء الدين والوارث والموصى له:

وإذا طرأ دين بعد القسمة يغترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يغترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل واحد ما ينوبه وإن كان بعضهم غائبًا أو معسرًا أو ملدًا أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه وإن كانت التركة عقارًا أو رقيقًا فسخت حتى يوفى الدين علموا بالدين أو لم يعلموا قاله فى المدونة وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم بالحصص وإذا طرأ غريم آخر رجع على الغرماء ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ ولا كان موصوفًا بالدين ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقى له على الغرماء. وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبهم فإن كان فيهم معسرًا أخذ من الموسر منابه فقط قاله ابن القاسم وقيل بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معًا ولو ترك دارًا فاقتسماها ثم طرأ وارث خير فى نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه كما لو اقتسما دارين إذ ليس له غير ذلك. وإذا طرأ موصى له بمعين يحمله الثلث أخذه ممن صار إليه ورجع الوارث على بقية الورثة وإن كانت بغير معين فقال ابن القاسم هو كوارث طرأ على الورثة.

* * *

كتاب الصلح

حقيقته: معلومة.

حكمه: الندب على الجملة، وقد يختلف بحسب عوارضه فيكون مكروهًا وممنوعًا ومختلفًا فيه.

فالممنوع: الصلح على الإقرار بما لا تصح المعاوضة به فإذا وقع الصلح بالحرام فى حق أحد المتصالحين فسخ فى قول جمهور العلماء وقال أصبغ يجوز فى وجه الحكم ولا يحل أخذه فيما بينه وبين الله تعالى مثاله أن يدعى على رجل مالاً فينكره فيصالحه منه على سكنى دار أو خدمة عبد أو من قمح على شعير مؤجل وقد قال مالك وابن الماجشون يفسخ ذلك ما لم يفت فإن فات وجبت فيه القيمة أو المثل فى المثلى كالبيع ويرجعان إلى الخصومة وإن وقع بالحرام فى حقهما معًا فسخ بلا خلاف مثاله أن يدعى عليه بعشرة دنانير فيقر بخمسة وينكر خمسة فيصالحه عن الجميع بدراهم إلى أجل.

والمكروه: ما يؤدى إلى أسلفنى وأسلفك مثاله أن يدعى كل واحد على صاحبه بدنانير فينكره فيصطلحان على أن يؤخر كل واحد على صاحبه إلى أجل وفى فسخه قولان لابن الماجشون ومطرف.

وأما المختلف فيه: فهو الصلح على الإنكار وهو جائز عندنا خلافًا للشافعى واختلف أيضًا فى الصلح على القذف فمنعه فى المدونة وأجازه سحنون وقال أشهب ما لا يجوز فيه العفو كالسرقة والزنا لا يجوز فيه الصلح وما جاز فيه العفو جاز فيه الصلح.

تنبيه: الصلح على الإقرار بيع من البيوع وكذلك إن وقع على الإنكار عند مالك لاشتراطه فيه ما يشترط فى البيع وقد يكون الصلح إبداء وإسقاطا كمن له على رجل مائة فيصالحه على أخذ خمسين منها على أن يسقط عنه الخمسين الباقية.

حكمة مشروعيته: دفع التشاجر وإصلاح ذات البين.

أركانه: ثلاثة: المصالح ويتناول كل واحد من الخصمين، والمصالح به، والمصالح عنه.

الأول: المصالح: وهو من فيه أهلية المعاملة ويجوز للرجل أن يصالح عن غيره وإن لم يأذن له وذلك لازم للمصالح وصلح الأب والوصى جائز ولا يجوز أن يسقطا من حقه شيئًا على غير وجه النظر.

المصالح به: ما يصح أن يكون ثمنًا فى البيع.

المصالح عنه: مال وعيب ودم.

الأول: المال: يعتبر فيه ما يحل ويحرم فلو كان له عليه طعام من سلم فصالحه على رأس ماله وفارقه قبل القبض لم يجز ولو مات رجل عن دنانير ودراهم حاضرة وعروض حاضرة وغائبة وعقار فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة قدر ميراثها من الدراهم فأقل جاز وإن كانت أكثر لم يجز قاله ابن القاسم ولو أعطاها دراهم من غير التركة فمنع ابن القاسم مطلقًا وأجازه أشهب إذا أعطاها قدر حصتها من دراهم التركة ومسائل هذا الباب وإن كثرت فالمعتبر ما يحل وما يحرم كما يعتبر فى البياعات.

الثانى: العيب: وإذا باع عبدًا بمائة ثم ادعى المبتاع أن به عيبًا فإن كان العبد فائتًا وقد انتقد الثمن جاز للبائع أن يصالحه بدنانير أو دراهم أو عروض بعد معرفتهما بقيمة العيب ولا يجوز إلى أجل إلا أن يكون البيع بالذهب مثلاً وقيمة العيب ذهبًا فيصالحه على مثل القيمة فأقل فيجوز وإن لم ينتقد جاز أن يصالحه بعين معين أو موصوف إلى أجل مثل آجال السلم ولا يجوز بدراهم إلا يدًا بيد ولو كان الثمن مؤجلا جاز أن يصالحه على عروض أو طعام نقدًا ولا يجوز على عروض مؤجلة ولا على دراهم نقدًا ولا إلى أجل وأما بالدنانير فقال فى المدونة لا يجوز؛ يريد إذا كانت الدنانير أقل من قيمة العيب وإن كانت مثلها أو أكثر منها جاز قاله ابن أبى زيد إذ لا يتهم أن يعطى ذهبا فيأخذ مثلها أو أقل منها وإن كان قائمًا وقد باعه بنقد وانتقد فيصالحه على شىء يزيده له على أن لا يرده عليه وكانت الزيادة دنانير نقدًا وقد باع بدنانير جاز وكأنه استرجع ذلك من الثمن وإن كانت إلى أجل لم يجز لأنه بيع وسلف ولو تأخرت الدنانير بغير شرط جاز ولو صالحه بدنانير إلى أجل

لم يجز ولو كانت الزيادة عروضًا نقدًا أقل من صرف دينار جاز على مذهب ابن القاسم ويجوز على مذهب أشهب وإن كانت أكثر من صرف دينار ولو كانت الزيادة عروضًا نقدًا جاز ولو كانت إلى أجل فقولان لابن القاسم وإن لم ينتقد وزاده دنانير لم يجز إلا أن تكون مقاصة وإن زاده دراهم لم يجز إلا أن تكون نقدًا أقل من صرف دينار على مذهب ابن القاسم وإن زاده عروضًا نقدًا أو إلى أجل جاز.

تنبيه: إن زاده المبتاع شيئًا على أن يرد إليه العبد فحكمه حكم الإقالة بالزيادة منه وأما زيادة البائع فأصل ابن القاسم فى المدفوع الأخذ بالأحوط وصرف الصلح إلى أنه استئناف مبايعة بعد تقرير انفساخ البيعة الأولى فيعتبر ما يحل ويحرم فى المعاوضة الثانية فيحترز من البيع والسلف ومن فسخ الدين فى الدين ومن الصرف المستأخر وأصل أشهب أنها ليست بيعًا لا تحقيقًا ولا تقديرًا وإنما هى معاوضة على ترك منازعة وإسقاط حق فيعتبر ما يجوز أخذه عوضًا عن الإسقاط.

الثالث: الدم: والصلح إما أن يقع على الجرح أو على النفس فإن وقع على الجرح بعد البرء جاز مطلقًا وإن وقع قبل البرء فما كان من الجراح التى فيها القود كان له عقل مسمى أو لم يكن فالصلح عنه جائز وعما يؤدى إليه من نفس وغيرها وما لا قود فيه وفيه عقل مسمى فالصلح عنه جائز ولا يجوز عما يؤدى إليه سواء كان عمدًا أو خطأ وكل جرح ليس له عقل مسمى خطأ كان أو عمدًا مما لا قود فيه فلا يجوز فيه الصلح إلا بعد البرء وليس فيه بعد البرء إلا الاجتهاد على قدر الشين ولو برئ على غير شين لم يكن فيه شىء وقبل البرء لا يدرى أيبرأ على غير شين أو عن شين، وأما الصلح عن النفس فإن كان بعد إسقاط القاتل جاز وسقط القود ويضرب مائة ويسجن عامًا ولو صالحه بعض من يستحق الدم وسقط القصاص ودخل معه سائر الأولياء فى الصلح ولو وقع على أن ينتقل عن بلد القاتل فقال ابن القاسم الصلح منتقض ولولى الدم أن يقوم بالقصاص وقال أصبغ يجوز ويحكم على القاتل أن لا يساكنه أبدًا وهو المشهور والمعمول به وعلى قول أصبغ إن عاد وكان القتل قد ثبت فلهم القود أو الدية وإلا كانوا على حجتهم وللورثة الصلح على مال يأخذونه قبل ثبوت الدم ولا لزوجة ولا للبنات اعتراض فى ذلك

وكذلك الأخوات مع الإخوة فإن عفوا عن الدية أو أقل أو أكثر فلسائر الورثة الدخول معهم على فرائض الله تعالى ويجوز الصلح عن دم عمد على الإنكار.

● **اللواحق:**

تنحصر فى ثلاثة أشياء: وهى طروء ما ينقض الصلح وقيام من ينقضه ودخول الشريك على شريكه فيه.

أما الأول: فيظهر بمسألة العتبية قال ابن القاسم فى رجل ثبت عليه قتل رجلين عمدًا فصالح أولاد أحدهما بمال ثم اقتص منه أولاد الآخر أن الصلح منتقض ويرجع المال إلى ورثة المقتص منه.

وأما الثانى: فمثل أن يصالح قاتل الخطأ الأولياء على مال نجموه عليه فيدفع لهم نجما ثم يقوم بنقض الصلح ويدعى أنه جهل أن الدية على العاقلة فقال مالك له ذلك قال ابن الماجشون ويرد عليه أولياء المقتول ما أخذوه منه إذا كان يجهل ذلك قال جماعة من أصحابنا ويحلف وإذا حلف وكان ما أخذوه منه قائمًا أخذه وإن كان فائتًا وكان الورثة هم الذين طلبوه فى الصلح فكذلك وإن كان هو الطالب لم يرجع بشىء وإذا ادعى رجل على رجل شيئًا فى ذمته أو فى يديه فينكره فيصالحه على شىء ثم يقر له به فله القيام بلا خلاف وإذا صالحه على الإقرار ويذكر أن ذكر الحق المتضمن للشهادة عليه قد ضاع ثم وجده بعد الصلح فله القيام بلا خلاف أيضًا وإذا أنكره مصالحه ثم وجد البينة فإن كان غير عالم بها فله القيام بها قاله فى المدونة وإذا كان عالمًا بها وهى حاضرة وقدر على القيام بها وصرح بإسقاطها فلا قيام له بلا خلاف وإن لم يصرح بإسقاطها فكذلك وخرج لبعض المتأخرين فيها قولا آخر من مسألة مستحلف خصمه مع علمه ببينة وإن كانت غائبة ولم يشهد أنه باق على حقه لم يكن له قيام وإن أشهد وأعلن بذلك فله القيام بلا خلاف وإن أشهد بذلك سرًا فثلاثة قال سحنون إذا قال له أخرنى وأقر لك فأشهد فى السر أنه إنما يصالحه لإنكاره ومتى ما وجد بينة قام بها أن الصلح غير لازم له إذا ثبت إنكاره وثبت الحق وقال مطرف لا ينفع ما أشهد به فى السر وقد أبطل مالك البينة إذا وجدها بعد الصلح قال إلا أن يقر بعد الإنكار فيؤخذ بباقى الحق وقال أصبغ لا ينتفع بذلك إلا مع من لا ينصف منه كالسلطان والرجل القاهر.

تنبيه: إذا تقيد عليه فى عقد الصلح أنه أسقط الاسترعاء سقط فلو قال فى استرعائه متى أشهدت بأنى أسقطت الاسترعاء والاسترعاء فى الاسترعاء إلى أقصى تناهيه فإنما أفعله للضرورة إلى ذلك وإنى غير قاطع بشىء منه وأرتجع فى حقى فللضرر ينفعه ذلك ولا يضره ما أشهد به على نفسه منه.

وأما دخول الشريك على شريكه: فمثل أن يكون لرجلين على رجل مال بكتاب واحد فيقتضى منه أحدهما منابه أو بعضه أو يصالحه عنه فإن فعل ذلك بإذن شريكه لم يكن له مقال ولو فعله بغير إذنه ولم يعذر إليه ولا فعله بإذن سلطان فلشريكه أن يدخل معه وكذلك الوارثان يصالح أحدهما من حقه رجلا عليه حق لمورثهما ثم يكون ما بقى بينهما وإن أعذر إليه أو قبض منابه بإذن السلطان لم يكن له دخول وإذا كان الحق فى كتاب واحد لرجلين ولا شركة بينهما فى أصل الحق مثل أن يبيعا سلعتهما ويكتبان الثمن فى عقد واحد فقال ابن أبى زيد لا يدخل أحدهما على الآخر بحال قال وفيه نظر لأن الكتب يفرق ما أصله مجتمع يريد لو كان الحق بينهما فكتباه فى عقدين فلا يدخل أحدهما على الآخر بلا خلاف فإذا فرق ما أصله مجتمع وجب أن يجمع ما أصله مفترق وعليه يدل ظاهر المدونة يريد أن من أجاز لهما جمع سلعتيهما رآهما كالشريكين.

* * *

كتاب الشركة

حقيقتها: معلومة.

حكمها: الجواز.

حكمة مشروعيتها: التنبيه على التعاون والتواصل.

أقسامها: أربعة: مضاربة ومفاوضة وعنان ووجوه.

المضاربة: هى القراض سميت بذلك من الضرب فى الأرض.

والمفاوضة: إطلاق كل واحد من الشريكين لصاحبه التصرف غاب أو حضر فى كل ما يرجع إلى التجارة ولا يتبرع إلا باليسير مما يقصد به الاستلاف للتجارة وسميت مفاوضة لاستوائهما فى الربح والضمان وشروعهما فى الأخذ والعطاء من قولهم تفاوض الرجلان فى الحديث إذا شرعا فيه.

وشركة عنان: وهى الشركة فى شىء حاضر لأنه عَنَّ لهما أمر أى عرض فاشتركا فيه قاله ابن أبى زيد وهذه الشركة جائزة بإجماع أهل العلم وقيل هى الشركة من غير استبداد وقيل هى الشركة فى كل شىء إلا فى شىء بعينه.

وشركة الوجوه: أن يبيع الوجيه ما للخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه وقاله القاضى أبو محمد هى الشركة على الذمم بغير مال ولا صنعة وإذا اشتريا كان فى ذمتهما فإذا باعاه اقتسما ثمنه والشركة على المتعسرين باطلة.

أركانها: ثلاثة: الصيغة والعاقد والمشترك فيه.

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على إذن كل واحد فى التصرف ويكفى قولهما اشتركنا إذا فهم المقصود عرفا وهى عقد غير لازم إذ لكل واحد منهما الانفصال متى شاء ولذلك لم تكن إلا على التكافى والاعتدال لأن أحدهما إذا فضل صاحبه بشىء فإنما يفعله رجاء أن يبقى معه شريكًا وذلك لا يلزمه فيكون غررًا فإن كانت الشركة فى الزراعة ففى المذهب ثلاثة اللزوم وعدمه واللزوم بعد الشروع فى العمل قال ابن رشد وبه جرت الفتيا عندنا قال وإنما وقع الخلاف فى المزارعة لأنها شركة

وإجازة فمن غلب الشركة لم يرها لازمة بالعقد ولم يجزها إلا على التكافى وأجاز أن يتطول أحدهما على الآخر بما قدر بكرائه ومن غلب الإجارة رآها لازمة وأجاز فيها التفاضل.

الثانى: العاقد:

ويتناول كل واحد من الشريكين ويشترط فيه أهلية التصرف قال مالك ولا ينبغى للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة والتوقى للربا والخيانة.

الركن الثالث: المشترك فيه:

وهو أربعة أنواع: مال وأبدان ومزارعة ومغارسة.

النوع الأول: المال: وهو ثلاثة أصناف عين وطعام وعروض.

الصنف الأول: العين: وقد انعقد الإجماع على جواز الشركة بالدنانير من كلا الجانبين أو الدراهم وهو إجماع على غير قياس فإذا اتفق المالان كان فى النوع والصرف وكانا حاضرين وخلطاهما وكان الربح والخسارة والعمل على قدر الأموال جازت الشركة اتفاقا ومتى انخرم قيد من هذه القيود فتارة تمنع وتارة يختلف فيها بناء على الخلاف فى القياس على محل الإجماع الثابت على غير قياس فإذا أخرج هذا دنانير وأخرج الآخر دراهم فمنعه فى المدونة ورآه صرفا وشركة وأجازه سحنون قال وإنما يمتنع الصرف والشركة إذا كان الصرف خارجا عنها ولو أخرج أحدهما مائة مسكوكة والآخر مائة تبراً واستويا فى الجودة وكان فضل السكة كثيراً لم يجز وإن كان يسيراً وألغيا ذلك الفضل جازت الشركة على قول ابن القاسم ولم تجز على القيمة وإذا اشتركا بمالين حاضر وغائب جاز عند مالك وابن القاسم ومنعه سحنون وإنما يجوز ذلك عند ابن القاسم إذا لم يتجرا حتى يحضر الغائب وإذا لم يخلطا المالين ففى الصحة قولان وإن تفاضلا فى الربح أو العمل أو تفاضلا فى المال واستويا فى الربح أو فى العمل أو فيهما أو على أن العمل على أحدهما فسدت وكان الربح والخسارة على قدر المال ويرجع من له فضل عمل بفضل عمله ولو طاع صاحب القليل بزيادة عمل بعد عقدهما على الصحة جاز.

الصنف الثانى: الطعام: منع مالك الشركة بالطعام مطلقًا وأجازه ابن القاسم إذا اتفقا فى النوع والصفة والجودة والكيل ورآه بمنزلة الشركة بالدنانير ومنع إذا كان

أحدهما مخالفًا كالسمراء والمحمولة والقمح والشعير كالدنانير والدراهم.

الثالث: العروض: والشركة بها جائزة مطلقا والربح والعمل على قدر قيمة كل واحد منهما.

النوع الثانى: شركة الأبدان: جائز بين الصناع وغيرهم بشرط اتحاد العمل والمكان وقيل لا يشترط اتحاد المكان فإن اختلفا فى الصناعة كخياط وصباغ لم يجز إذ حاصل أمرهما أن أحدهما باع نصف كسبه بنصف كسب صاحبه وذلك غير جائز وإذا اتحدت الصناعة وكان أحدهما أسرع بالأمر البين جازت على قدر الأعمال لا على المساواة وأطلق القول فى المدونة بجواز التفاضل فى العمل وقال هذا مما لا بد منه قال سحنون ما لم يتفاحش وإذا كانت الصناعة واحدة وكانا يعملان فى حانوتين فمنعه فى المدونة وأجازه فى العتبية وحمل ذلك ابن يونس على أن الحانوتين فى موضع واحد أو فى موضعين ونفاقهما واحد وإذا احتاجا إلى آلة فقيل لا تجوز الشركة حتى يشتركا فيها ليضماها أو يكرى بعضها من بعض وقيل يجوز إذا كرى أحدهما كراء ما يخرجه الآخر وإذا اشترك حائكان بأموالهما وكان أحدهما يتولى العمل والآخر الخدمة والشراء والبيع ولا يحسن النسج وقيمة العمل والخدمة سواء جازت الشركة قال اللخمى وكذلك إذا لم يكن لهما رأس مال وكانا يتقبلان العمل فيعمل أحدهما ما سوى النسج وينسج الآخر وتساوت القيم.

النوع الثالث: المزارعة: وإذا أسلم المتزارعان فى قول مالك من أن تكون الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر وأن لا يفضل أحدهما الآخر بشرط فى عمل أو نفقة أو منفعة جازت ولا اعتبار بالتفاوت اليسير ولا بما تطول به أحدهما بعد العقد وإن كثر ولا يشترط أن يشترك فى الآلة والدواب على الرواية المشهورة وإذا أخرج أحدهما الأرض واشترى من الآخر نصف البذر لم يجز إذا فهم أن يتجاوز عنه فى ثمنه فيدخله كراء الأرض ببعض الطعام قاله سحنون ولو أخرج الأرض وأخرج الآخر العمل والبذر نصفه عنه ونصفه سلف عن صاحبه لم يجز فإن نزل فالزرع بينهما لأن الزراعة بينهما والعمل فى مقابلة الأرض فقد تكافآ وقال سحنون الزرع للمسلف وعليه كراء الأرض إلا أن يتسلف بعد عقد الشركة على

غير شرط وإذا وقعت المزارعة فاسدة وعثر عليها قبل الفوات فسخت وإن فاتت اختلف الحكم باختلاف صورها فإن دفع أرضه على أن يزرعها ببذره وعمله على أن لصاحب الأرض حصة من الزرع فإن الزرع كله للمزارع ببذره وعليه كراء الأرض وإن دفع له الأرض والعمل على الآخر وقال له أخرج جميع البذر على أن علىَّ نصفه فالزرع بينهما كما تقدم خلافًا لسحنون فإن قال خذ بذرى فازرعه فى أرضك على النصف فعلى قول ابن القاسم يكون الزرع للعامل وعليه مكيلة البذر وعلى قول سحنون يكون لرب البذر وعليه كراء الأرض وإن أخرج هذا البذر والآخر الأرض وتكافآ فى غير ذلك على أن الزرع بينهما نصفان كان بينهما وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض وعلى صاحب الأرض نصف مكيلة البذر.

النوع الرابع: المغارسة: وهى أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرسها نخلا أو شجرًا على أنه إذا بلغت حدا يتفقان عليه كانت الأرض بما فيها من ذلك بينهما على ما يتفقان عليه من الإجزاء ولو جعلا ذلك إلى الإثمار كان حسنًا لأنه معروف ولو سميا قدرًا يثمر الشجر قبله لم يجز ولا يضره ترك تسمية العدد لأنه معروف وفى فسادها بعدم تعيين المدة قولان قال ابن حبيب وذلك جائز ولا يكون إلى الإثمار والنبات التام وروى حسين بن عاصم عن ابن القاسم أن ذلك فاسد وإذا كانت الأرض كلها شعرًا لم تجز المغارسة وكذلك إن اشترط أن يعمل جدران حول الأرض لأن النفقة تكثر فى ذلك فهو زيادة فى ذلك ويجوز ما خف من ذلك.

اللواحق

تنحصر فى ثلاثة فصول:

الأول: فى حكم النفقة والتصرف والإقرار:

ونفقة الشريكين وكسوتهما عليهما بالمعروف وعلى عيالهما ملغاة فى بلد كانا أو فى بلدين والسعر واحد أو مختلف وقيل إنما يلغى فى غير الوطن وإذا كان لأحدهما عيال دون الآخر حسب كل واحد نفقته فإن كان لأحدهما ثلث المال وللآخر الثلثان وتساويا فى العيال أنفق كل واحد بقدر ربحه لا بقدر عياله ويد كل

واحد منهما فى أمانة فيكون القول قوله فيما يدعيه من تلف أو خسارة ما لم يظهر كذبه ويحلف إن اتهم ولو قال ابتعت سلعة فهلكت صدق والقول قوله إن قال هذا اشتريته لنفسى وكل ما فعله مما هو نظر للتجارة ماض فلو أخر غريمًا بدين أو وضع عنه شيئًا استئلافًا للتجارة جاز ولا يضمن إن أعسر الغريم ويجوز لأحد المتفاوضين أن يبع بغير مطالعة الآخر إذا كان المال واسعًا يحتاج فيه إلى مثل ذلك وإلا فلا إلا فى مثل سلع بارت وبلغه نفاقها فى بلد آخر أو يبلغه عن بلدان فيها سلع رخيصة فيبعث ما يشبه وإذا أقر أحدهما بشىء فإقراره نافذ لمن لا يتهم عليه وإذا أقر به من بعد الافتراق والطول لم يقبل وإن أقر بالقرب وادعى النسيان فيختلف فيه كما اختلف فى العامل فى القراض يدعى بعد المقاسمة أنه أنفق من مال القراض ونسى وقد قال فى المدونة لا يقبل قوله وقال فى الموازية يقبل بعد أن يحلف ولو أقر بعد موت صاحبه فجعله فى المدونة شاهدًا وقال سحنون يلزم الورثة ما أقر به.

الفصل الثانى: فى الغلط والاختلاط فى الزرع:

قال أصبغ فيمن زرع أرضًا وقال غلطت بها وكان مكتريًا أو بنى فى أرض جاره وادعى الغلط فأما البناء فلا يعذر فيه ولرب الأرض أن يعطيه قيمة بنائه منقوضًا أو يأمره بقلعه وأما الحارث فيشبه أن يكون غلط وأرى أن يحلف ويغرم كراء المثل كان فى إبان الزراعة أو لم يكن وهو على الخطأ حتى يثبت أنه تعمد وقال سحنون لا شىء له فى الزرع وغلطه على نفسه وهى مصيبة نزلت به إلا أن يكونا لم يتحاكما أو لم يعلم حتى نبت الزرع وفات إبان الزراعة فالزرع لزارعه وعليه كراء المثل وإذا زرع الرجلان فدانين متجاورين فاختلطا عند الحصاد قال ابن حبيب يحلف كل واحد منهما على قدر ما حرث ويقتسمان الطعام على مثل ذلك قال سحنون وإذا زرع هذا قمحًا وهذا شعيرًا فطار من بذر كل واحد منهما فى أرض جاره فنبت فهو لمن ينبت فى أرضه ولا شىء فيه لربه ولو كان بين الأرضين جسر فنبت فيه ذلك المتطائر فهو بينهما اتفقت زريعتهما أو اختلفت لأن ذلك الموضع من أرضهما.

الفصل الثالث: فى التنازع:

والأصل فى المتفاوضين أن ما بأيديهما على ما تشهد به البينة من الإجزاء فإن

لم يتعين جزء حمل على التساوى حتى يثبت خلافه فإن قال أحدهما هو بيننا نصفين وقال الآخر لى الثلثان ولك الثلث فقال ابن القاسم لمدعى الثلثين النصف ولمدعى النصف الثلث ويقسم السدس بينهما وقال أشهب يحلفان ويكون بينهما على السواء ولو أنكر أحدهما الشركة فأقام الآخر البينة بالمفاوضة فقال مالك جميع ما بيد المنكر بينهما إلا ما أقام البينة عليه أنه ورثه أو كان بيده قبل المفاوضة ولم يفاوض عليه ولو قال هذا المال الذى بيدى ليس من الشركة وإنما أصبته من ميراث أو إجارة أو مال هو وديعة أو بضاعة لفلان صدق مع يمينه إلا أن يقيم الآخر بينة أنه من الشركة وإذا كان عبد بين رجلين فأراد أحدهما السفر به وأبى الآخر لم يكن له ذلك واختلف فيمن مالك نصف عبد فأراد السفر به وأبى العبد فقال مالك فى رواية أشهب له أن يسافر به إن كان مأمونًا وإلا فلا وما هو بالبين وقال أشهب الذى آخذ به أنه ليس له أن يسافر به وإن كان مأمونًا وإذا قلنا عليه الخروج فعلى السيد نفقته وكراؤه حتى يقر قراره وإذا أراد أحد الشريكين فى السفينة أن يحمل فيها متاعه ولم يكن لآخر ما يحمل فطلب منه كراء حظه فقال سحنون له أن يحمل ولا يقضى عليه بكراء فإما أن يحمل مثل ما حمل شريكه وإلا بيع المركب عليهما.

* * *

كتاب الوكالة

حقيقتها: لغة: الحفظ والرعاية. وشرعًا: النيابة فيما لا يتعين فيه المباشرة.

حكمها: الجواز.

حكمة مشروعيتها: التنبيه على التعاون والتعاضد ولا خفاء فيما فى ذلك من المصالح العامة.

أركانها: ثلاثة: الصيغة والعاقد والمعقود عليه.

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على معنى التوكيل ولابد من قبول الوكيل فإن تراخى قبوله بالزمن الطويل فيتخرج فيه قولان من الروايتين فى قيام المملكة أو المخيرة فى المجلس قبل الاختيار ثم إن وقعت بأجر لزم ولابد حينئذ من أن يكون الأجر معلومًا والعمل معروفًا واختلف إذا كان على سبيل الجعالة على أنه إن أفلح فله كذا كذا والا فلا شىء له على قولين بالجواز والمنع.

الثانى: العاقد:

ويتناول الموكل والوكيل وكل من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن يوكل فيما تصح النيابة فيه فيصح من الرشيد فى جميع تصرفاته ومن المحجور على الخصومة. وللوصى أن يوكل فى حق محجوره من يطلب حقوقه ولا يجعل له الإقرار ولا يشترط فى الوكيل أن يكون رشيدًا ولا يوكل عدو على عدو ولا ذمى على مسلم.

الثالث: الموكل عليه:

وهو ما تصح النيابة فيه فلا يجوز أن يوكله على العبادات البدنية المحضة كالصلوات وتصح فى العبادات المالية كالزكاة، وفى المركب منها كالحج خلاف تقدم ويشترط أن يعلم الوكيل ما وكل عليه نصا أو عرفًا أو لقرينة حالية أو داخلاً تحت عموم، قال ابن شاس: إن قال وكلتك فيما إلى من قليل الأشياء وكثيرها استرسل به التوكيل على جميع الأشياء مضى فعله فيها إذا كان نظرا وحكى غيره

عن النوادر أنه استثنى من ذلك أربعة أشياء طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وعتق العبيد وزواج البكر قال والعرف قاض بأنه لا يفعل ذلك إلا بالنص عليه.

اللواحق

تشتمل على ثلاثة فصول:

الأول: فيما يلزم الموكل من أفعال وكيله:

والقاعدة أن كل تصرف وافق مقتضى اللفظ لغة أو عرفا أو فهم لقرينة حالية فهو ماض وما خالفه مما يعود بنقص فغير لازم فإن عاد بزيادة فقولان فإذا قال له بع فباع بعرض ما يشبه أن يباع بالعين فهو متعد ويضمن إلا أن يجيز الآمر فعله وإذا باع أو اشترى بما لا يتغابن بمثله لم يلزمه وإن باع بما يشبه لزم ولو قال بع بعشرة نقدا فباع بخمسة فقال ابن القاسم عليه تمام العشرة لإتمام القيمة ولو قال اشتر بمائة فله الشراء بما دونها وبأكثر منها كالدينارين والثلاثة فى المائة ويقبل قول الوكيل فى ذلك بقرب تسليم السلعة ولا يصدق بعد الطول ولو قال بع بمائة نسيئة فباع بهذا نقدا أو قال اشتر بمائة نقدا فاشترى بها نسيئة ففى الصحة قولان لابن أبى زيد وأبى بكر بن عبد الرحمن.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا باع السلعة فقال ربها إنما أمرتك برهنها فالقول قول ربها فاتت أو لم تفت وإذا اشترى جارية بعشرين وقال الآمر ما أمرتك إلا بعشرة حلف وغرم المأمور عشرين وإذا أمره ببيع سلعة أو اشترائها وادعى أنه دفع ذلك إلى الآمر ففى المدونة الوكيل مصدق ويبرأ البائع وحكى فى الطرر فى الوكيل يدعى أنه دفع لموكله ما قبضه له من غرمائه أربعة: القول قوله مطلقًا وهو الذى وقع لابن القاسم فى الوكالات من المدونة والقول قول الموكل إن كان بالقرب بالأيام اليسيرة فإن تباعد كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه فإن طال فلا يمين عليه ورواه مطرف والقول قول الوكيل مع يمينه بقرب الأيام اليسيرة فإن طال جدا صدق فلا يمين قاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم والرابع التفرقة فإن كان وكيلا على شىء بعينه

غرم وإن طال الأمر وإن كان مفوضًا صدق ويحلف بالقرب دون البعد قاله أصبغ، ابن المواز وإذا أرسل من يأتيه ببضاعته فقال الرسول جئتك بها حلف وبرئ ثم المرسل إليه إن دفعها له ببينة برئ وإلا حلف الآمر ما دفع له رسوله شيئًا من قبله ولا علم أنه قبضها وغرم المرسل إليه ثم لا رجوع له على الرسول بشىء وإذا وكلت المرأة زوجها أو وكل رجل رجلا على قبض فمات الزوج أو الوكيل بحدثان القبض فذلك فى أموالهما وإذا لم يكن بحدثان ذلك فلا شىء فى أموالهما قاله مطرف وابن حبيب ولو قال وكيل الشراء دفعت الثمن من عندى لا رجع به فخمسة: القول قول الوكيل مطلقا رواه عيسى عن ابن القاسم والقول قول الموكل حكاه ابن المواز والتفرقة فإن دفع المأمور الثمن للبائع فالقول قول الموكل مع يمينه وإلا حلف المأمور ما قبضت وأخذه من الموكل رواه ابن القاسم والتفرقة فإن أشهد حين الدفع أن ذلك من ماله لم يقبل قول الموكل وإلا قبل قاله عيسى وسحنون والتفرقة أيضًا فإن قبض الموكل السلعة فالقول قوله وإلا فالقول قول المأمور قاله أشهب وإذا دفع نفقة لرجل ليوصلها إلى زوجته فقال دفعتها لها وأكذبته ففى كون القول قولها أو قوله قولان لابن القاسم وأشهب وإذا أمر رجلاً يشترى له سلعة ويدفع ثمنها من عنده فهل له حبسها بالثمن أو لا قولان لأشهب وابن القاسم فإن ادعى ضياعها فعلى قول أشهب يضمنها لأنها عنده كالرهن وعلى قول ابن القاسم لا يضمن لأنها عنده كالوديعة قال ابن القاسم عن مالك فيمن أمر رجلاً يشترى له لؤلؤا وينقد ثمنه من عنده عنه فزعم أنه فعل وادعى ضياعه أنه يحلف لقد ابتاع مما أمره به وينقد ثمنه عنه ويرجع بالثمن على الآمر لأنه أمينه قال ابن القاسم ولو كان عنده كالرهن لضمنه بالثمن.

الفصل الثالث: فى العزل والانعزال:

وإذا وكل وكيلا بإجارة فليس له عزله إلا أن يتبين له منه تفريط أو يقوم دليل تهمة بينه وبين من وكله عليه فله عزله وإن وكله على وجه الجعالة فقد تقدم الخلاف فى لزومها وإذا فرعنا على القول باللزوم فهى كالإجارة وإن فرعنا على القول الآخر فله عزله فى حضوره وغيبته وللوكيل أيضًا عزل نفسه بخلاف الإجارة فإن شرع فى العمل سقط خيار الجاعل وبقى الخيار للوكيل ولو كانت بغير عوض

فإن تعلق بها حق لأحد فليس له عزله مثل أن يوكله على قضاء دين أو على الخصومة ويقاعد الخصم المرتين والثلاثة فليس له عزله إلا أن يتبين ما يوجب عزله فله ذلك كما تقدم وان لم يتعلق بها حق لأحد فله عزله وإذا قاعد الرجل خصمه ثلاث مرات لم يكن له أن يوكل إلا أن يمرض أو يريد سفراً قال ابن العطار ويحلف ما إن شاء السفر ليوكل فإن نكل لم يكن له أن يوكل وقال ابن الفخار لا يمين عليه وله أن يوكل إذا أحرج خصمه او شاتمه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه وإذا مات الموكل انعزل الوكيل على المشهور وقال مطرف وابن الماجشون هو باق على وكالته حتى يعزله الوارث حكاه عنهما ابن رشد وإذا صرح الموكل بعزل الوكيل حيث يكون له عزله انعزل ثم هل يكون منعزلا بنفس العزل والموت أو بالبلاغ روايتان وقال ابن القاسم فى كتاب الشركة فى الذى يحجر على وكيله فيقبض الغريم من الغرماء بعد عزله وهم لا يعلمون ذلك أنهم لا يبرءون بالدفع إليه وإن لم يعلم هو بعزله وهذا يقتضى أن الوكالة تنفسخ بمجرد العزل فى حقه وحق من عامله لأن الغرماء إذا لم يبدءوا بالدفع إليه فكذلك لا يبدأ هو أيضًا ويكون لهم أن يرجعوا عليه إن تلف المال بيده وكذلك فى الموت قاله التونسى وغيره من الأشياخ.

* * *

كتاب الإقرار

حقيقته: إخبار الرجل عن نفسه بأمر يوجب عليه حكما.

حكمه: اللزوم.

حكمة مشروعيته: صيانة الحقوق.

أركانه: أربعة: الصيغة والمقر والمقر له والمقر به.

الأول: الصيغة:

ولا خفاء بصرائح ألفاظه ويقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة والسكوت والإشارة من الأبكم والمريض فلو قيل لمريض لفلان عندك كذا فأشار برأسه أن نعم فهو إقرار إذا فهم عنه مراده والكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر بينة ويقول اشهدوا على بما فيه وإن لم يشهدهم وقام من أقر له بذلك وشهد أنه خطه لزمه إن كتبه فى صحيفة أو لوح أو خرقة ولو كتب ذلك فى الأرض لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا بذلك على والسكوت مثل أن يكون له حق على رجل فيموت وتباع تركته وهو ساكت فلا قيام له ما لم يكن له عذر.

الثانى: المقر:

وكل من أقر على نفسه بمال أو بما يوجب القصاص حكم عليه بما أقر به ما لم يكن مكرها ولا ينفعه رجوعه ولو أقر بما يوجب الحد كالزنا والسرقة فله الرجوع لكن يلزمه الصداق والصغير لا يلزمه إلا أن يدعى أنه احتلم فى وقت إمكانه لأن ذلك لا يعرف إلا من قوله والمجنون مثله وإقرار العبد بموجب العقوبة نافذ وإقرار المريض للأجنبى نافذ ولصديق ملاطف كذلك بشرط أن لا يكون عليه دين للأجنبى ولا يكون ورثته عصبة.

الثالث: المقر له:

شرطه أن يكون أهلاً للاستحقاق فلو قال لحمل فلانة على كذا لزمه إن وضعته لستة أشهر فأقل من يوم الاستحقاق وإن وضعته لأكثر وزوجها مرسل عليها لم يلزم فإن كان منعزلا عنها فقيل يلزم إن وضعته لأربعة أعوام فأقل فلو قيل له من

أى وجه فقال من قرض أقرضنيه فذلك ندم فيلزم فلو قال لفلان على ألف درهم أو لفلان فهو للأول ويحلف الأول. الثانى ما نعلم له فيه حقًا ويحلف له المقر أيضًا ما له على شىء فإن نكل غرم له ألفا قاله أشهب وسحنون.

الركن الرابع: المقر به:

وهو نوعان: نسب ومال:

النوع الأول: النسب: وهو الصبى بالاستلحاق قال ابن القاسم ومن استلحق مجهول النسب لحق به وقال سحنون لا يلحق به إذ لم يتقدم له نكاح ولا ملك يمين يجوز أن يلد منه ولو قال لعبده هذا ابنى لحق به ما لم يكذبه الحس مثل أن يكون أكبر سنا منه أو الشرع بأن يكون معلوم النسب أو العرف بأن يستيقن الناس بأنه ليس يولد له مثل أن يكون الغلام سنديًا والرجل فارسيًا قاله ملك قال سحنون ولا يكون حرا ثم حيث قلنا يلحق فلا ينظر إلى إنكار الولد وإن كان كبيرًا ولو قال فى أولاد أمته وهم ثلاثة أحدهم ولدى ولم تعرف عينه فالصغير حر وحده. وقال المغيرة وثلثا الأوسط وثلث الأكبر وقال ابن عبد الحكم يعتق الجميع ولو ولدت زوجته غلامًا وابنته غلامًا وماتتا فقال أحدهم ولدى ولا أعرفه دعى له القافة فمن ألحقاه به لحق وألحق الآخر بالآخر. ولو نزل ضيف عند رجل ومعه أم ولد حامل فولدت وولدت امرأة الرجل أيضًا فلم تعرف واحدة ولدها أو تداعيا أحدهما دعيت لهما القافة وقال سحنون فيمن ولدت امرأته جارية وأمته جارية وأشكل عليه ولد الحرة ومات ولم يترك عصبة تستدل بهم القافة ليس فى مثل هذا قافة ولا تكون المواريث بالشك.

النوع الثانى: المال: وإذا أقر بمال فإن كان نصا فى شىء حمل عليه وإلا قيل له فسره ويقبل تفسيره بأقل ما يتمول فإن أبى من التفسير جبر عليه ويحلف عليه فلو قال له على شىء قبل تفسيره فلو قال مائة وشىء اقتصر على المائة ولو قال له فى هذه الدار حق وهى بيده جبر على تفسيره ويحلف عليه إن ادعى الطالب أكثر فلو فسره بجذع أو باب مركب فقال سحنون يصدق ثم رجع فقال لا يصدق ولو قال هو هذا البناء لبناء فى الدار ففى تصديقه قولان ولو قال هو هذا الثوب فرجع سحنون إلى أنه لا يصدق ولو قال له على حق من هذه الدار أو من هذا الثوب لم

يقبل تفسيره إلا بشىء من رقبته ولو قال فى مرضه لفلان على جل المائة أو فوق المائة أو أكثر المائة أو نحو المائة أو مائة إلا قليلاً أو إلا شيئًا فقال سحنون الذى عليه أصحابنا أن يعطى من ثلثى المائة إلى أكثر بقدر ما يراه الحاكم وقيل يلزمه النصف وشىء وذلك أحد وخمسون ولو قال له عندى عشرة دراهم ونيف فالقول قوله فى النيف وإن قل وقيل النيف الثلث المقر به ولو قال بضع وخمسون فأقل البضع ثلاثة دراهم. وفى المدونة إذا أقر له ببضعة عشر درهما فالبضع ما بين الثلاث إلى التسع فإن اختلفا لم يعط غير ثلاثة دراهم إذا زعم ذلك المقر ولو قال غصبت فلان ثوبًا فى منديل أخذ بالثوب وبالمنديل وصدق فى صفتهما قاله سحنون. وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه المنديل وكذلك اختلفا إذا قال مائة رطل زيتا فى زق ووافق ابن عبد الحكم أنه إذا قال عسلا فى زق أن الزق يلزمه مع العسل ولو قال له على ما بين مائتى درهم إلى درهم لزمه مائة وتسعة وتسعون ولو قال ما بين درهم إلى عشرة فقال سحنون يلزمه تسعة وقيل أيضًا يلزمه عشرة ولو قال على مائة إلا شيئًا لزمه أحد وتسعون ولو قال عشرة آلاف إلا شيئًا لزمته تسعة آلاف ومائة.

* * *

كتاب الوديعة

حقيقتها: قال بعض المتأخرين هى استنابة فى حفظ المال. وهى عقد أمانة.

حكمها: الجواز من الجانبين. وقال ابن شعبان ولا يلزم أحد أخذ الوديعة وإن لم يوجد غيره وقال ابن رشد القياس اللزوم إن لم يوجد غيره قياسًا على الشهادة وإنما تجب إذا لم يوجد بالبلد غيره.

حكمة مشروعيتها: الحض على الحفظ وعلى قضاء الحوائج.

أركانها: ثلاثة: الصيغة والمودِع والمودَع.

أما الصيغة: فهى لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستعانة فى حفظ المال.

وأما المودِع والمودَع: فقال ابن شاس يشترط فيهما ما يشترط فى الوكيل والموكل وعلى هذا فلا يجوز للسفيه أن يودع إذ لا يجوز له التوكيل فى التصرف وفيه بعد وأما الإيداع عند السفيه والصغير والمعتوه والعبد فينبغى أن لا يجوز لما يتوقع من الإتلاف فإن فعل فأتلفه الصبى أو ضيعه لم يضمن سواء أودعه عنده بإذن أهله أو بغير إذنهم وكذلك السفيه وأما العبد فلا يتعلق الضمان برقبته لكن بذمته إلا أن يسقطه سيده عنه وهو غير مأذون وقبل أن يستهلكها فهى جناية فى رقبته وقال أشهب فى غير المأذون إن كان مثله يستودع فهى فى ذمته رق أو عتق قال اللخمى ولو أتلف الصبى أو السفيه ذلك بإنفاق فيما لا غنى لهما عنه ولهما مال تبعا فيه فلو ذهب وأفاد غيره لم يتبعا.

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: فى الضمان:

ويد المودع يد أمانة فلا ضمان عليه إذا تلف إلا أن يقصر فى الحفظ أو يتسبب فى ذلك أو يباشر.

والأسباب المتضمنة لذلك عشرة:

الأول: أن يودعها عند من لم تجر عادته بحفظ ماله من غير عذر فله أن يودعها عند عياله الذين يأمنهم على حفظ ماله وليس عليه أن يشهد عليهم لجريان العرف بعدم الإشهاد عليهم وله أن يودع لعذر عند العجز عن الرد كخوف عورة منزل أو لسفر إذا أودع فى الحضر إذ لو سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين ضمن ولو سافر بها عند العجز عن ذلك كما لو كان فى قرية مثلا لم يضمن وكذلك لو دفنها أو كان ذلك جهده لم يضمن ولو أودع فى السفر لم يجز له أن يودعها قال ابن القاسم إلا أن تضطره لصوص فيدفعها لمن يرجو نجاته بها لم يضمن ولو طرحها عندما فجأته اللصوص لم يضمن ابن القاسم ويصدق فى أنه أودعها زوجه وإن لم تقم له ببينة بذلك ولا يصدق فى أنه خاف عورة موضعه أو أراد سفرًا فأودعها لذلك.

الثانى: نقل الوديعة من بلد إلى بلد قال مالك فى امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها ببلد آخر فلم يأته منهم أحد فخرج بتركتها إليهم فهلكت فى الطريق هو ضامن.

الثالث: خلطها بما لا تتميز عنه مما هو غير مماثل لها كالقمح مع الشعير وكذلك لو خلط أحدهما بما هو أدنى منه ولو خلط مع مثله فلم يره فى المدونة متعديًا وقال عبد الملك هو ضامن.

الرابع: الانتفاع مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة فيهلك فى لبسه أو ركوبه فلو ادعى أن الهلاك إنما وقع بعد ذلك لم يصدق حكاه ابن سحنون فى كتابه وقال محمد إن شهدت البينة بلبسه أو بركوبه لم يصدق وإن لم يعرف إلا من قوله صدق.

الخامس: المخالفة فى كيفية الحفظ شرعًا أو عرفًا إلا أن يخالف إلى ما هو أحوط مما ليس فيه شهرة فان كان فيه شهرة ضمن فلو أودعه صندوقًا وقال لا تقفل عليه فقفل ضمن للشهرة وقال ابن عبد الحكم إذا قال اجعلها فى تابوتك ولا تقفل عليها فقفل ضمن وإذا قال اقفل عليها قفلاً فقفل عليها قفلين لم يضمن وقيل يضمن ولو قال اجعلها فى قلة فخار فجعلها فى قلة نحاس ضمن ولو عكس لم

يضمن ولو سلم إليه دراهم وقال اجعلها فى وسطك فجعلها فى كمه أو جيبه ضمن ولو قال اجعلها فى كمك فجعلها فى وسطه أو عمامته لم يضمن ولو دفعها إليه فى المسجد فجعلها على نعله لم يضمن قاله ابن وهب قال ولو أخذ نعليه فنشرهما ناسيًا ضمن ولو قام ونسيها فقال ابن حبيب يضمن وخرج نفى الضمان من أحد القولين فيمن أودع مائة وادعاها رجلان ونسى أيهما أودعه.

السادس: التسبب مثل أن يدل عليها سارقا أو يسعى بها إلى ظالم أو يلقيها بمضيعة ولو أودع بقرًا فأنزى عليها فماتت من الولادة أو زوج الأمة فماتت من الولادة وكذلك لو عطبت تحت الفحل وقال أشهب لا يضمن لأنه فعل صلاحًا ولو استهلك الوديعة ولده الصغير فهى فى ماله فإن لم يكن له مال فهى فى ذمته ولو استهلكها عبده فهى فى رقبته ولو أنفق الوديعة على أهل المودع وولده ضمن إلا أن يقيم بينة على ذلك ويكون ما أنفق ينفق نفقتهم ولم يكن المودع يبعث إليهم فيبرأ.

السابع: الجحود وإذا طلبه بالرد فجحد الإيداع فقامت عليه البينة بذلك فادعى الضياع ضمن فإن قامت له بينة ففى قبول ذلك قولان المشهور عدم القبول ولو قال لا يلزمنى تسليم شىء إليك قبل قوله فى الرد والتلف.

الثامن: الامتناع من التسليم قال ابن القاسم فيمن طلب وديعته فقال له المودع أنا الآن مشغول فلم يعذره وتشاحا فيحلف أن لا يعطيها الليلة فلما كان من الغد قال ضاعت منى قال ابن القاسم فإن قال ذهبت قبل أن تلقانى ضمن لأنه أقر بها وإن قال لا أدرى متى ذهبت فلا ضمان عليه قال أصبغ ويحلف ما علم بذلك حتى طلبه قال ابن القاسم ولو قال ذهبت بعدما حلفت وفارقتك ضمنها إلا أن يكون عليه فى رجوعه ضرر أو يكون فى أمر لا يستطيع معه أن يرجع فلا يضمن.

التاسع: عدم الإشهاد عند الموت وإذا مات المودع ولم يشهد بشىء فإن كان ربها لم يأذن له فى دفعها لأحد فهى فى تركته وإن كان أمره أن يدفعها لأحد وكان موته فى الطريق أو بعد الوصول وقال المبعوث إليه لم يصلنى شىء فقال مالك فى المدونة إن كان موته بعد أن وصل فلا ضمان عليه وإن كان فى الطريق فما أجد أن تكون فى ماله وقال فى الموازية بالعكس وقال أشهب يضمن مطلقًا إذ لو كان حيًا

فقال دفعتها لم يصدق ابن القاسم إذا ترك ودائع ولم يوص بها فوجدت صور مكتوب عليها هذه لفلان وفيها كذا ولا بينة على إيداعه فلا شىء له إلا ببينة أو إقرار الميت إذ قد يصانع أهل الميت وإذا بعث رسولا بمال إلى فلان فوجده الرسول قد مات فإن علم الرسول أن ذلك من دين ذهب به إلى ورثته ولو علم أنها من هبة أو صدقة لم يدفعها كان الميت الباعث له أو المبعوث.

العاشر: التجارة وإذا تجر المودع بالوديعة تعلقت بذمته والربح له والخسارة عليه.

تنبيه: هل يجوز له أن يتسلف الوديعة أما أن كان عديمًا فلا يجوز قولاً واحدًا وإن لم يكن عديمًا فإن كانت دنانير فأربعة الكراهة فى المدونة والمنع لمالك أيضًا والجواز رواه أشهب إذا أشهد بذلك والتفرقة فإن كانت مربوطة أو مختوما عليها لم يجز وإلا جاز قال عبد الملك: وإن كانت من المتقومات لم يجز وإن كانت من المثليات التى يكثر اختلافها كالكتان لم يجز وإلا فقولان وإذا تسلف ثم أراد أن يرد إلى الأمانة لم يجز فى المتقومات وأما العين والمثليات فأربعة الضمان رواية المدنيين ونفيه لمالك أيضًا وبه أخذ ابن القاسم والتفرقة فإن ردها بإشهاد برئ وإلا فلا قاله مالك وبه أخذ ابن وهب والتفرقة أيضًا فإن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ وإلا برئ قاله ابن حبيب وعبد الملك.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا تنازعا فى الإيداع لم يقبل قوله إلا ببينة ولو قال هى وديعة وقال ربها سلف صدق ربها عند ابن القاسم وقال أشهب إن لم يحرك المال حتى ادعى الضياع فالقول قوله وإن تلف بعد أن حركه فالقول قول ربه ولو قال دفعت إلى ألف وديعة وقال ربها بل غصبتنيها فالمطلوب مصدق فى إجماعهم إذا لم يقر بحركة وإذا ادعى الرد فالقول قوله إن قبضها بغير بينة ويحلف وإن قبضها ببينة فقال ابن رشد قول مالك وجميع أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه لا يصدق حاشا ما رواه أصبغ عن ابن القاسم فى دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض قبض ذلك ببينة أو بغير بينة ولا فرق وحكى ابن شاس ذلك نصا عن ابن القاسم فى الوديعة.

* * *

كتاب العارية والعدة

العارية

العارية ـ بتشديد الياء ـ: تمليك منافع عين بغير عوض.

حكمها: الندب.

حكمة مشروعيتها: تزكية النفس وتطهيرها من داء البخل واستجلاب المحبة وإبقاء المودة.

أركانها: أربعة: الصيغة والمعير والمستعير والمعار.

الأول: الصيغة: لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك منافع عين بغير عوض. ثم إن صدرت مطلقة مثل أن يقول أغيرك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الدابة ولم يزد فحكى ابن شاس أن ذلك لازم بالقول والقبول وليس له رجوع حتى ينتفع بها الانتفاع المعتاد فى مثلها وقال أشهب المعير بالخيار فى تسليم ذلك أو إمساكه ثم إن سلمه فله أن يرده وإن قرب. وقال أبو الفرج ما روى فى لزوم العارية بالقول إنما هو فيما عدا الأرضين وإن صدرت مقيدة مثل أن يقول أعرتك هذا العبد ليخدمك شهرًا أو ليخيط لك ثوبًا فهى لازمة وتنقضى بانقضاء الشهر وخياطة الثوب وليس له رجوع إلا بانقضاء ذلك وإذا أعاره أرضا وسمى له أجلا ولم يسم ما يبنى أو يغرس فله منعه مما يضر أرضه وإذا بنى ثم أراد أن يقلع بناءه قبل الأجل فله ذلك إلا أن يمنعه رب الأرض ويريد أن يأخذه بعد الأجل بقيمته مقلوعًا كما يكون له ذلك بعد الأجل ثم إذا أخذه بقيمته مقلوعا فتعتبر تلك القيمة بعد طرح قيمة القلع وإلا خلى فإن كان المستعير يتولى ذلك بنفسه لم يطرح له قيمة ذلك وما لا قيمة له بعد القلع كالجص لم يكن فيه شىء. وقال مطرف وابن الماجشون كل من بنى أو غرس فى أرض قوم بإذنهم أو بعلمهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه فله قيمة ذلك قائمًا كالبانى بشبهة وأخذ ابن القاسم بقول مالك الأول.

الثانى: المعير: مالك للمنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير والمستأجر.

الثالث: المستعير: من فيه أهلية الانتفاع.

الرابع: المستعار: يشترط أن تكون المنفعة فيه مباحة وأن تبقى عينه بعد استيفاء تلك المنفعة فلا تصح إعارة الجارية للوطء ولا تصح إعارة المسلم للذمى ولا إعارة السلاح للعدو ولا الدابة لمن يركب عليها لأذية مسلم ولا تصح إعارة الطعام لأن عينة غير باقية فإن سمى ذلك عارية فهو قرض.

اللواحق

تنحصر فى فصلين:

الأول: فى الضمان:

اختلف العلماء فى الضمان فى العارية فذهب الشافعى ومالك فى أحد قوليه وبه قال أشهب إلى الضمان مطلقًا وإن قامت بينة على التلف كانت مما يغاب عليه أو لا وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا ضمان عليه مطلقًا وقيل لا ضمان عليه إلا أن يشترط عليه الضمان حكاه ابن شعبان وعابه والمشهور من مذهبنا أنه يضمن ما يغاب عليه أن لم تقم له بينة دون ما لا يغاب عليه أو ما قامت بتلفه بينة من غير ضيعة فيقبل قوله فى الربع والحيوان ما لم يظهر كذبه وما لم يعلم أنه من غير ضيعة كالسوس صدقه فيه فى الموازية قال التونسى وكذلك الفأر على هذا يقرض الثوب وقال اللخمى يضمن فيهما لأن السوس إنما يكون من الغفلة عن اللباس والفأر لا يكون إلا لأمر من اللابس مثل أن يعمل فيه طعامًا وإذا شرط المستعير أنه مصدق فى تلف ما يغاب عليه فقال ابن القاسم وأشهب له شرطه ولا شىء عليه وقال سحنون فيمن أعطى لرجل مالا يتجر فيه وله ربحه ولا ضمان عليه هو ضامن قال اللخمى وعلى هذا فيسقط شرطه فيما يغاب عليه ثم حيث قلنا بالضمان فهل يضمن قيمته يوم العارية أو يوم الضياع قولان مخرجان من ضمان الرهان وقد قال ابن القاسم يضمنه يوم الرهن وقال أيضًا يوم الضياع قال التونسى وإنما يضمن الرقبة ما لا نقص بالاستعمال المأذون فيه.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا اختلفا فى أصل العارية فيقول هذا أعرتك كذا وينكر الآخر فالمالك مدع

ولو قال رب الدابة أجرتك وقال الآخر أعرتنى فالقول قول المالك مع يمينه ولو قال أعرتنى هذه الدار وقال ربها بل بعتها منك أو قال اشتريها فقال بل أعرتكها فالقول قول مدعى العارية.

العدة

العدة المطلقة غير لازمة قال ابن القاسم: قال مالك فيمن سأل رجلاً أن يهب له دينارًا فقال: نعم أنا أفعل ثم بدا له ما أراه: يلزمه ولو صبر الغريم على وعيد منه وأشهد بذلك لزمه، وقيل لسحنون: ما الذى يلزم من العدة؟ قال: أن يقول الرجل للرجل اهدم وأنا أسلفك وكذلك كلما أدخله فيه لوعده فإنه يلزمه.

* * *

obeikandl.com

كتاب الغصب والتعدى

حقيقة الغصب: فى اللغة: أخذ المال بغير رضاء صاحبه وكذلك التعدى سرًا كان أو جهرًا اختلاسًا أو سرقة أو خيانة. وشرعًا: الاستيلاء على أمر عدوانا جهرا من غير حرابة والفرق بينه وبين التعدى أن التعدى جناية على بعض السلعة والغصب جناية على جميعها ولأن المتعدى ضامن يوم التعدى لأن يده كانت عليها بإذن ربها قبله والغاصب ضامن يوم الغصب وأيضًا فالمتعدى إذا أتى بها سالمة ضمنها والغاصب إذا أتى بها سالمة لم يضمنها وأيضًا فالمعتدى لا يضمن إلا فى الفساد الكثير والغاصب يضمن فى اليسير وأيضًا فالمعتدى يلزمه كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند مالك وقال فى الغاصب لا كراء عليه وقد قال ابن القاسم إذا غصب دابة ليسافر بها سفرًا بعيدًا ثم ردها بحالها لم يلزمه سواها بخلاف تعدى المكترى والمستعير بها فى الجميع قولان.

حكمه: التحريم لصيانة الأموال وحفظ الجنس من تولد الأحقاد وسفك الدماء.

أركانه: ثلاثة: الغاصب والمغصوب والمغصوب منه.

الأول: الغاصب: وهو من ليس له شبهة فى المال فمن أخذ مال ابنه قهرا لا يعد غاصبًا.

الثانى: المغصوب: شرطه أن يكون معصومًا فلو غصب خمرا لمسلم لم يضمن ويضمنها للذمى.

الثالث: المغصوب منه: من له حرمة فمن أخذ مالا لمحارب لا يقال مغصوب منه بخلاف الذمى.

اللواحق

تنحصر فى فصلين:

الأول: فى الضمان:

ويتعلق النظر فيه بالموجِب والموجَب.

الموجِب ثلاثة أقسام: مباشرة وتسبب ووضع يد.

الأولَ: المباشرة: كالقتل والإحراق ولا يشترط العلم فإن من غصب طعامًا فقدمه لضيف فأكله ظنا منه أنه للمقدم فإنه يضمنه ولو قدمه لربه فأكله ولم يعلم أنه الطعام المغصوب برئ وقال مطرف فيمن جلس على ثوب رجل فى الصلاة فقام صاحب الثوب وهو تحت الجالس فانقطع أنه لا يضمن قال وهذا مما لا بد للناس منه. وأفتى ابن رشد فى رجل أسند جرة من زيت إلى باب رجل ففتح الباب الرجل فانكسرت الجرة أنه لا يضمن.

القسم الثانى: التسبب: مثل أن يحفر بئرًا فى محل عدوانا فيتردى فيها إنسان أو بهيمة فإنه يضمن ولو وقف عليها إنسان فأرداه آخر فالضمان على المردى تقديمًا للمباشرة ومن أوقد نارًا لعمل فترامت النار فأحرقت زرع رجل فى أندره ضمن ولو أوقدها على بعد من الأندر فى موضع مأمون لم يضمن ولا حد فى القرب والبعد وينظر ذلك فى أهل المعرفة ثم حيث قلنا بالضمان ففى المتيطية يضمن مكيلته وذلك عندى على أنها عرفت وإلا فقد قال من استهلك طعامًا لا يعرف كيله فعليه قيمته.

الثالث: وضع اليد: وهو فى المنقول بالنقل وفى العقار بالاستيلاء.

الموجَب: ما يترتب على الغاصب وهو الأدب والضمان وحكم الغلة.

الأول: الأدب: وهو على قدر الاجتهاد.

الثانى: الضمان: اعلم أن المغصوب نوعان: عين ومنفعة .

النوع الأول: العين: اعلم أن العين المغصوبة إما أن تكون قائمة أو فائتة فإن كانت قائمة ووجدها ربها بيد الغاصب أو غيره فله أخذها إذا وجدها فى محل الغصب ولم تدخلها زيادة ولا نقصان فإن نقلها الغاصب إلى بلد وهى طعام فثلاثة قال ابن القاسم ليس له إلا مثلها فى محل الغصب وقاله أشهب وقال أشهب أيضًا: إن شاء أن يأخذها هنالك فله ذلك وقال أصبغ إن كان البلد بعيدًا فليس إلا مثلها فى الغصب فإن كان قريبًا فله أخذها وإن كانت ثيابًا أو حيوانًا فقال سحنون ليس له إلا أخذ متاعه وقال أصبغ هو بالخيار وقيل له الخيار فى العروض دون الحيوان، وحمل ابن رشد ذلك على الحيوان الذى لا يحتاج إلى كراء مال وأما

الرقيق فإنه يحتاج إلى الكراء فيكون كالعروض وإن دخلها زيادة وكانت فى الثمن فكالعدم وإن كانت فى البدن كالصغير يكبر والمهزول يسمن فليس له غيرها وإن كانت فى الصفة وتغير اسمها فهو كفوات عينها مثاله أن يغصب خشبة فيعملها بابا أو ترابا فيضربه لبنا وإن كانت الزيادة كالبناء والغرس والصبغ فأما البناء والغرس فإذا غصب عرصة فبناها أو أرضًا فغرسها فلربها أخذها وأخذ البناء والغرس بقيمته مقلوعًا أو يأمره بقلع ذلك وما لا قيمة له بعد النقض كالجص والنقش فلا شىء فيه وأما الصبغ فربه بالخيار فى أخذ قيمته يوم الصبغ أو أخذه ودفع قيمة الصبغ ولو نقصه الصبغ فقال ابن القاسم يخير فى أخذه بغير قيمة الصبغ أو أخذ قيمته وقال إذا قطع الثوب وخاطه أو رفاه لم يدفع له شيئًا وقال أشهب لا يدفع للصبغ شيئًا وقاله ابن الماجشون فى الصبغ والخياطة والصياغة قال وليس لعرق ظالم حق.

تنبيه: إذا اشترى ثوبًا فصبغه ثم رده بعيبه رجع بما زاد فيه الصبغ وإن صبغه غلطا رجع بما أنفق فيه وإن غصبه واستحق رجع بقيمته وكذلك إذا لبس رب الثوب فإن الصباغ يرجع بقيمة الصبغ وهذا كله على المشهور وإن دخلها نقصان فإن كان فى الثمن بحوالة الأسواق لم يعتبر على المشهور وإن كان فى البدن وعاد بزيادة كالعبد يخصيه فيزيد فله أخذه ولا شىء عليه للنقص غير الأدب وإن عاد بنقص فإن كان بسماوى خير ربه فى أخذه معيبًا وأخذ قيمته يوم الغصب وإن كان بجناية جان فله أن يأخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ولو كان الجانى هو الغاصب فلربها أخذها وما نقصها يوم الجناية أو أخذ قيمتها يوم الغصب وإن كانت فائتة وهى من ذوات الأمثال فعليه مثلها فى موضع الغصب واختلف فى الحلى والغزل فقيل هما كغيرهما من الموزونات وقيل عليه قيمة الحلى والغزل لأن الصياغة كسلعة أضيفت إلى عين والغزل تختلف فيه الأغراض وربما تعذر مثله وما كان من الطعام مجهول الكل ضمن قيمته فإن كانت من ذوات القيم فعليه القيمة ثم إن كان التلف بسماوى فالقيمة يوم الغصب وقال أشهب يضمنها بأرفع القيم ما بين يوم الغصب ويوم التلف وإن كان بجناية الغاصب ضمنها يوم الغصب ولو قتل الجارية أجنبى وقيمتها يوم القتل أكثر فله أخذ القاتل بتلك القيمة وإن كانت أقل وأخذها من القاتل رجع بتمام القيمة على الغاصب وقال سحنون لا

يرجع على الغاصب بشىء كما لو باعها الغاصب فليس لربها أخذ الثمن ويرجع على الغاصب بتمام القيمة.

تنبيه: إذا سوق السلعة فأعطاه فيها غير واحد ثمنا ثم استهلكها رجل قال مالك فى رواية ابن القاسم يضمن ما أعطى فيها وقال سحنون لا يضمن إلا قيمتها وقال عيسى يضمن الأكثر.

النوع الثانى: المنفعة: وهى ضربان منفعة بضع ومنفعة عين.

الضرب الأول: منفعة البضع: فإذا غصب حرة فعليه مع الحد لكل حرة وطئها مهر المثل وعليه للأمة ما نقصها وولده رقيق لسيدها.

الثانى: منفعة العين: فإن استوفاها فعليه قيمتها وإن لم يستوفها كالدار يغلقها والأرض يبورها فقولان الضمان لابن الماجشون ومطرف وأصبغ وابن عبد الحكم ونفيه لابن القاسم.

تنبيه: إذا أخرج الغاصب المغصوب من يده فإن كان من حصل بيده عالمًا بالغصب فحكمه حكم الغاصب وإن كان جاهلاً فليس عليه شىء سكن أو زرع أو اكترى ولا شىء على الغاصب من حين باع على المشهور وفى الرجوع على الغاصب الواهب قولان.

الثالث: حكم الغلة: وما ينشأ عن العين المغصوبة ثلاثة قسم متولد على صورته كالولد ولا خلاف أنه يرد مع الأم وقسم متولد على غير صورته كالثمار والصوف واللبن فإن كانت العين قائمة ففى وجوب رد غلتها قولان وإن كانت فائتة خير فى أخذ قيمتها خاصة أو أخذ غلاتها. وقسم غير متولد ففيه خمسة المشهور الضمان مطلقًا وهو رواية ابن زياد وأشهب ونفيه مطلقًا حكاه ابن القصار والضمان فى غلة الربع والإبل والغنم دون غلة الدواب والعبيد رواه ابن القاسم والضمان فيما اشتغل دون ما لم يشتغل قاله ابن القاسم والضمان فيما لا يسرع إليه التغير كالدور والأرضين والنخل دون ما يسرع إليه كالدواب والعبيد والحيوان قاله ابن المعدل.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا ادعى رجل على رجل الغصب فإن كان المدعى عليه معروفًا بالخير والصلاح عوقب المدعى ولم يحلف المدعى عليه وإن كان مما يشبه ذلك وليس

بمعروف به حلف ولم يعاقب فإن نكل حلف المدعى واستحق وإن كان معروفًا بالتعدى والغصب حلف وضرب وسجن فإن تمادى على الجحود ترك وفى اعترافه بعد التهديد ثلاثة عدم اللزوم مطلقًا لأنه مكره وقيل إن عين المدعى فيه أخذ باعترافه وإلا فلا يؤخذ به وقال سحنون يؤخذ باعترافه ولم يفرق ولا يعرف هذا إلاَّ من ابتلى به يريد أن إكراهه كان جائرًا حكاه فى المتيطية ابن يونس إذا كان المدعى عليه ممن يليق به ذلك هدد وسجن فإن لم يخرج شيئًا أطلق وفائدة ذلك لعله يخرج عين ما غصب إن كان يعرف بعينه وأما ما لا يعرف بعينه فلا فائدة فى تهديده إذ لو أخرج شيئًا لم يعرف بعينه ولم يؤخذ منه حتى يقر آمنا مطمئنا وإذا قامت عليه بينة أنه انتهب صرة فقال كان فيها كذا فالقول قوله مع يمينه قاله مالك وقال عنه ابن القاسم إذا طرح الصرة فى متلف ولم يدر كم فيها أو لم يطرحها واختلفا فى قدرها، إن القول قول المنتهب مع يمينه قال مطرف وابن كنانة وأشهب أن القول فى هذا وشبهه قول المنتهب منه إن ادعى ما يشبه أن يملكه يريدون ويحلف.

• خاتمة:

نذكر مسائل من التعدى: وإذا أتلف المتعدى شيئًا ضمنه وإن أفسده فسادا كثيرًا خير ربه فى التضمين وأخذ الأرش وقال أشهب ليس له إلا التضمين أو أخذ متاعه دون أرش أو أفسده فسادا يسيرا وفات الغرض المقصود منه كقطع ذنب بغلة القاضى وطيلسان ذى الهيئة وهو كالكثير وإلا فالأرش.

تنبيه: إذا كان الفساد فى الثوب يسيرًا فلا بد من رفوه وحينئذ يعطى الأرش وما كان كثيرًا فلا يرفيه لأنه قد يغرم فى رفوه أكثر من قيمته، ابن يونس ولو قاله قائل فى اليسير لم أعبه.

* * *

كتاب المساقاة

حقيقتها: إعطاء الحائط لمن يعمل فيه بجزء معلوم من ثمرته.

حكمها: الجواز ابتداء واللزوم إذا وقعت.

حكمة مشروعيتها: دفع الحاجة.

أركانها: أربعة: الصيغة والعاقد والمعقود عليه والمعقود به.

الأول: الصيغة: قال ابن رشد هى أصل فى نفسها فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم ولا تجوز إلى أجل مجهول.

الثانى: العاقد: ويتناول المالك والعامل ويشترط فى المالك أن يكون أهلا للتصرف ويساقى الوصى عن محجوره والسيد عن عبده والمأذون بعقدها لنفسه ويساقى المريض وإن حابى فمحاباته فى الثلث ولغرماء المفلس رد مساقاته وما عقده قبل الفلس ماض.

الثالث: المعقود عليه: وهو العمل الذى يصلح الثمار والرجوع فيه إلى العرف.

وما تنشأ عنه الثمار يشترط فيه ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون مما لا يخلف فلا يجوز فى الموز والقصب والبقل بخلاف النخل والشجر وفى جواز مساقاة الريحان وقصب السكر قولان بناء على أنه كالبقل المخلف أم لا وعلى الجواز فيجوز فى الجزة الأولى دون الثانية وقيل القياس الجواز فيهما.

الثانى: أن تكون الأصول خلية عن الثمرة أو تكون فيها ثمرة لم يبد صلاحها فلا يجوز فى الثمار بعد الزهو ولا فى الباذنجان والمقاثى بعد بدو صلاحها وإن بدا صلاح بعضها وفى الحائط ثمار كثيرة مختلفة يحل بعضها دون بعض وكان الذى أزهى أقل ما فى الحائط جاز.

الثالث: يختص بالزرع والمقاثى وما عدا الرسوم وهو أن يعمر به عليه على الأشهر وأن يخرج من الأرض وقال ابن نافع تجوز مساقاته وإن لم يعمره وقال ابن العطار يجوز فى الياسمين والورد وإن لم يعمر بخلاف المقاثى والزرع وإذا كان فى

الحائط بياض أكثر من الثلث بقى لربه ولا يجوز أن يدخل فى المساقاة ولا أن يلغى للعامل وإن كان أقل منه وبقى على السكت فقال مالك هو ملغى للعامل وقيل هو لربه وإذا اشترطه أحدهما لنفسه جاز لكنه إن اشترطه ربه لم يجز أن يشترط سقيه على العامل ولو أدخلاه فى المساقاة وهو مع الأصول الثلث فأدنى جاز.

تنبيه: ما كان فى الحائط من غلمان أو دواب لرب الحائط يوم العقد فذلك للعامل شرطه أو لا ونفقتهم على العامل ومن مات منهم أخلفه رب الحائط وما أدخله العامل فمات فخلفه عليه وما رث من حبل أو دلو أو غير ذلك مما كان فى الحائط وقيل خلفه على العامل وقيل على رب المال.

تنبيه: لا يجوز أن يشترط رب الحائط على العامل ما يبقى بعد زوال الثمرة الزمن الكثير مما تعظم مؤنته كحفر بئر وإنشاء غرس وبناء كثير بخلاف ما كان يسيراً كتحصين جدر وكنس عين وشبه ذلك وأجازه ابن القاسم أن يشترط عليه عصر الزيتون ليسارته وإن لم يشترطه فهو بينهما.

الرابع: المعقود به: جزء معلوم من الثمرة ولا بأس أن يساقيه حائطًا فيه أنواع مختلفة بجزء واحد ولا يجوز أن يساقيه أربعة أعوام عامين على النصف وعامين على الربع فى عقد واحد ويجوز فى عقدتين.

اللواحق

تشتمل على أربعة فصول:

الأول: فى التنازع:

وإذا اختلفا فى المعقود به فالقول قول العامل فيما يشبه قاله ابن القاسم وإذا اختلفا فى الصحة والفساد فالقول قول من ادعى الصحة قاله ابن القاسم يريد إذا عمل فهو مدعى عليه وإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا على القول بلزوم المساقاة بالعقد قاله ابن يونس وإذا قال العامل لم تدفع لى من مساقاتى شيئًا فإن كان جذ الثمرة فلا شىء له على قياس قول مالك فى العتبية فى رب الحائط يساقى الرجل عاما أو أكثر فيقول بعد فراغه لم تدفع لى شيئًا قال إن كان جذ فلا شىء له

ويحلف العامل كان بقرب الجذاذ أو بعيدًا منه.

الثانى: فى الإقالة وجناية العامل وحكم الزكاة:

ولا تجوز الإقالة على شىء يدفعه رب المال للعامل أو العكس شرع فى العمل أو لم يشرع ولو تشاركا من غير شىء جاز وإذا ألفى العامل سارقًا لم يكن له أن يخرجه لأجل ذلك وليتحفظ منه وكذلك المكترى يجد سارقًا والعامل شريكًا بذلك الجزء ويملك بالظهور قولا واحدًا فيخرجان الزكاة ثم يقتسمان.

الثالث: فى الموت والفلس والعجز:

ولا تنفسخ المساقاة بموت أحدهما ويتنزل الوارث منزلة مورثه فإن كان وارث العامل غير مأمون قيل له ائت بمأمون ولا ينفسخ أيضًا لفلس رب الحائط ويباع الحائط ويبقى العامل فيه على حاله وإذا عجز العامل قيل له ائت بمأمون فإن عجز عن ذلك فلا شىء له ولا عليه وإن عجز بعد طيب الثمرة استأجر من يعمل فإن لم يستطع إلا أن يبيع نصيبه ويستأجر به فعل وإن كان فيه فضل كان له وإن نقص كان فى ذمته.

الرابع: فى المساقاة الفاسدة:

وإذا عثر عليها قبل العمل فسخت وإن عثر عليها فى أثنائه فسخ ما كان الواجب فيه وجوب المثل ويكون له أجرة المثل إلى حين العثور عليه وما كان الواجب فيه مساقاة المثل لم يفسخ ويكون فيه مساقاة المثل وإن عثر على ذلك بعد الفراغ فأربعة: أجرة المثل وهو الذى يأتى على قول عبد العزيز بن أبى سلمة فى القراض الفاسد. ومساقاة المثل وهو الذى يأتى على قول أصبغ فى الذى يساقى الرجل على أن يحمل أحدهما نصيب صاحبه إلى منزله البعيد. والثالث: مساقاة المثل ما لم تكن أكثر من الجزء المشترط. والرابع: التفرقة ففى بعض الصور تكون له أجرة المثل وفى بعضها مساقاة المثل وهو قول ابن القاسم وهو استحسان وليس بقياس والذى وجد له ما فيه مساقاة المثل أربع مسائل هنا وفى المدونة إذا ساقاه وفى الحائط تمر قد طاب وإذا اشترط العامل على رب المال ويعمل معه وثنتان فى العتبية اجتماع المساقاة مع البنيان والمساقاة سنة على الثلث وسنة على الثلثين.

* * *

كتاب القراض

حقيقته: هو فى اللغة: مأخوذ من القرض وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر. وشرعًا: أخذ مال برسم التجر بجزء من ربحه.

حكمه: الجواز إجماعًا ويلزمه بالشغل لا بالعقد قال مالك لرب المال رده ما لم يعمل به عامل أو يسافر به وكذلك يلزم العامل ألا يكون له صرف المال حتى ينقض قال ابن المواز ولو اشترى مثال الزاد والصفرة لسفره ورضى رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فله ذلك ولو سافر بالمال لم يكن له ذلك ولو ضمن نفقة رجوعه. ابن القاسم ولو اشترى سلعًا لم يكن له جبره على بيعها ليرد المال ولينظر السلطان فى ذلك فما يرجى له سوق أبقاه وما ليس لتأخيره فائدة بيع واقتسما ربحه.

حكمة مشروعيته: الرفق بالعبيد فى طلب تنمية أموالهم التى بها معايشهم ولذلك استثنى من الإجارة المجهولة.

أركانه: ثلاثة: العاقد، والمعقود عليه، والمعقود به.

الأول: العاقد: ويتناول رب المال والعامل وهما كالوكيل والموكل وكره مالك مقارضة من لا يفرق بين الحلال والحرام وكره للمسلم أن يعمل للذمى ابن المواز ويفسخ ما لم يعمل فإن عمل ترك حتى ينض فيفسخ قال وإذا قرض المسلم النصرانى فسخته ورددت للمسلم رأس ماله.

الثانى: المعقود عليه: هو العمل فى المال ويشترط فى المال أن يكون نقدا معينا معلوما مسلمًا للعامل فلا يجوز القراض بالعروض ولا بالدين قال مالك إذا كان له عليه دين فقال اعمل به قراضًا لم يجز ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ثم يعيده إليه. ابن القاسم والوديعة مثله إلاَّ من خاف أن يكون أنفقها فيصير دينا وإن وقع القراض بالدين فليس له إلا رأس ماله والربح للعامل والوضيعة عليه ولا يجوز بالمجهول الوزن ولا يجوز أن يكون المال بيد ربه وإن شرط أن يراجع فى التصرف أو يراجع وكيله فسد لأنه تضييق فى التجارة ولا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل عمل يده لأنه غير تجارة فإن نزل كان أجيرا ولا يجوز له أن يعين له نوعًا

من البز لأجل وجوده ولا يجوز له أن يشترط عليه أن يجلس بالمال فى حانوت معين ولا يعمل فى غيره أو لا يشترى إلاَّ من فلان ولا يتجر إلاَّ فى سلعة كذا وليس وجودها بمأمون وأن لا يشترى إلا البز إلا أن يكون موجودًا فى الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعدوه إلى غيره قال ابن القاسم ولا يجوز أن يبيع البز بعرض سواه فيصير مبتاعا لغير البز قال مالك ولا يجوز أن يعطيه المال على أن يخرج به إلى بلد ليشترى به متاعًا ولا خير فيه قال فيعطيه المال ويقوده كما يقاد البعير وإنما كره ذلك لأنه حجر عليه أن لا يشترى حتى يبلغ ذلك الموضع وقد قال ابن القاسم فى رواية أصبغ فيمن قارض رجلا على أن يخرج إلى بلد بعيد مثل برقة وإفريقية ليشترى طعاما أو غيره أنه لا بأس به.

الثالث: المعقود به: ويشترط أن يكون معلومًا بالجزئية كالنصف والربع أو غير ذلك من الأجزاء.

اللواحق

تنحصر فى أربعة فصول:

الأول: ما يفسد القراض وحكمه بعد وقوعه:

قال ابن المواز قال مالك وأصحابه لا يجوز أن يكون مع القراض سلف ولا بيع ولا كراء ولا شرط قضاء حاجة ولا كتاب صحيفة ولا يشترط أحدهما لنفسه شيئًا خالصًا فإن نزل فالعامل أجيره إلا أن يسقط الشرط قبل العمل ولو شرط على العامل أن يخرج مثل المال من عنده ليعمل به مع ماله وله ثلاثة أرباع الربح لم يجز قاله مالك ولو شرط العامل أن يعمل معه رب المال لم يجز ويجوز أن يشترط عليه أن يعينه بعبده أو بدابته فى المال خاصة ولا خير أن يعمل ولده صنعة ليبصره بالتجارة ولو شرط أن لا يبيع إلا بالدين فباع بالنقد فله أجر مثله قال ابن المواز وقال غيره هو متعد كمن قارض رجلا على أن لا يشترى إلا سلع كذا وهى غير موجودة فهو قراض غير جائز فإن اشترى غيرها فهو متعد وله فيما ربح قراض مثله وإن خسر ضمن ولا أجر له ثم إذا وقع القراض فاسدا وفات بالعمل فأربعة:

قراض المثل مطلقًا رواه ابن الماجشون وقاله أشهب وإجارة المثل مطلقًا قاله عبد العزيز وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وقيل الأقل من قراض المثل والمسمى والرابع أنه يرد إلى قراض المثل فى بعض الصور وإلى أجرة المثل فى بعضها رواه ابن حبيب وبه قال ابن القاسم وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ والموجود لابن القاسم إحدى عشر مسألة حكم فيها بقراض المثل. القراض بالضمان. وإلى أجل. والمبهم. وإذا قال اعمل ولك شرك. وإذا اختلفا وأتيا ما لا يشبه وحلفا. وإذا اشترطا غيرها، والقراض بالعرض وإذا أمره بشراء عبد ثم يبيعه ويتجر بثمنه وأن يقتضى دينا على زيد ثم يتجر به وأن يعطيه دنانير يصرفها ثم يتجر بصرفها. والقراض الفاسد إن عثر عليه قبل العمل أو بعده فسخ كان مما يرد العامل فيه إلى قراض المثل أو إلى أجرة المثل لكن ما يرد فيه إلى أجرة المثل ترد السلع إلى ربها ويعطى أجرة مثله سواء كان فيها ربح أو لم يكن لأنها متعلقة بالذمة على المشهور وقال ابن حبيب بل بالربح وما يرد العامل فيه إلى قراض المثل يفسخ أيضًا لكن تبقى السلع بيد العامل ولا يتمادى على العمل بعد النضوض وقراض المثل ليس فى الذمة بل فى الربح فإن لم يكن فلا شىء له.

الثانى: فى حكم النفقة والكسوة:

وليس للعامل فى الحضر نفقة فإذا سافر بإذن رب المال أو بمقتضى الإطلاق على القول المعمول به فله فى المال النفقة ذاهبًا وراجعًا بالمعروف وله أن يكتسى فى بعيد السفر دون قريبه إلاَّ أن يقيم إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة وذلك كله فى المال الكثير أما القليل فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا نفقة لحاج ولا لغاز فى مال القراض فى ذهاب ولا رجوع فإن أقام بعد الحج للمال خاصة أنفق من حينئذ وللعامل النفقة وإن لم يشترى شيئًا ويرد ما بقى وهى ملغاة من الربح فإن لم يكن فمن رأس المال ولو أنفق من مال نفسه رجع ما أنفق فى مال القراض فإن تلف لم يرجع على ربه بشىء.

الفصل الثالث: فى الموت والإقرار والتلف والخسارة التامة والتجارة بما بقى:

وإذا مات العامل بعد أن عمل فإن كان فى ورثته مأمون أو أتوا بمأمون أتموا عمل مورثهم وإلاَّ سلموا ذلك ولا شىء لهم فإن كان محجورًا ورأى وصيه أن

الاستئجار مصلحة استأجر له وإلاَّ ترك وإذا أقر المريض بقراض بعينه أو بوديعة وعليه دين ببينة فلرب القراض والوديعة أخذ قراضه ووديعته دون غرمائه وإن لم يعين ذلك وجب القصاص. ابن حبيب. وهذا فى المريض أما المفلس فصاحبها أولى وإلاَّ فلا يحاص بها كما لا يصدق فى الدين وفيه اختلاف قال وهكذا فسره لى أصبغ وإذا أتلف المال فلا ضمان على العامل لأنه أمين وفى إلزامه اليمين إذا طلبها رب المال الخلاف الجارى فى أيمان التهم ولو تلف بعضه وعمل بما بقى خير بما ربح فيه أصل المال وما بقى بعد كمال رأس المال فهو بينهما على ما شرطاه وكذلك حكم الخسارة.

الفصل الرابع: فى التنازع:

وإذا قال رب المال هو سلف وقال العامل هو قراض أو وديعة فالقول قول رب المال مع يمينه ولو قال رب المال قراض وقال العامل سلف أو وديعة صدق العامل ولو قال رب المال بضعته معه بغير قراض وقال العامل قراض فالقول قول رب المال ولو قال وديعة وقال العامل قراض وقد ضاع المال فإن ادعى ضياعه قبل أن يحرك فمصيبته من ربه وإن حركه فالقول قول ربه أنه لم يأذن له ويضمنه له وإذا تنازعا فى الرد وقبضه بغير بينة فالقول قول العامل وإن قبضه ببينة لم يقبل قوله إلاَّ ببينة وقيل يقبل إلا أن اليمين متوجهة فى دعوى الرد لا محالة إن طلبها رب المال.

* * *

كتاب الإجارة

حقيقتها: تمليك منفعة عين معلومة زمنا معلوما بعوض معلوم.

حكمها: الجواز ابتداء واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن بها ما يفسدها كالسلف مثل أن يدفع غزلا لحائك ينسج له به ثوبًا بعشرة على أن يسلفه رطلاً من غزل وذلك غير جائز لأنه سلف وإجارة.

حكمة مشروعيتها: التعاون ودفع الحاجات وقد نبه الله تعالى على ذلك بقوله: ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾ [الزخرف: ٣٢].

أركانها: ثلاثة: الصيغة، والعاقد ويتناول المستأجِر والمستأجَر، والمعقود عليه ويتناول المنفعة والأجرة.

الأول: الصيغة:

وهى لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك المنفعة بعوض وقد خص تمليك منفعة الآدمى باسم الإجارة ومنافع المتملكات باسم الكراء والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضى والجنات بلفظ ثقيل ومعنى الجميع واحد.

الثانى: العاقد:

وقد قدمنا أنه يتناول المستأجِر والمستأجَر وهما كالبائع والمشترى وكل واحد منهما إما أن يتولى العقد بنفسه أو يعقده عليه غيره ثم عقد الغير إما بوكالة أو تولية أو بغير وكالة فإن تولاه بنفسه وهو طائع رشيد لزم وإن كان محجورًا وكان العقد على منفعة مالية نظر فيه وصية وإن كان على منفعة بدنية وهو بالغ فظاهر المذهب أن له أن يؤاجر نفسه بغير إذن الوصى لأن الأفعال البدنية لا تدخل تحت الحجر ألا ترى أن المحجورة إذا رضيت بضرر زوجها وأراد أبوها أن يقوم بذلك فإنه لا يكون له قيام نعم أنه إن رضى بدون أجرة المثل فينبغى أن يكون للوصى فى ذلك مقال وأما الصغير والعبد فلا يجوز فعلهما إلا بإذن الوصى والسيد قاله ابن القاسم. فإن عملا فعليه الأكثر مما عملا له وأجرة المثل وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس للرجل أن يستأجر الغلام الذى لم يبلغ الحلم والجارية التى لم تحض من

أنفسهما ويدفع الأجرة إليهما ويبرأ ما لم يكن لشىء له بال وما كان فى إجارتهما من محاباة فعلى المستأجر إتمامه وإن عقد عليه بوكالة لزم كالبيع وإن عقد بغير وكالة وقف على رضاه وإن عقد بتوليه جاز إذا كان النظر فإذا أجر الأب ولده من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان غنيًا والابن فقيرًا وله أن يؤاجره فيما لا مضرة فيه على الابن فإن كان الأب مقلا أو يريد تعليم ولده جاز وينفق عليه من أجرته فإن فضل للابن شىء حسبه له ولا يأكل منه لشهر أو لعدم خشية أن لا يتم الأمد الصبى أو بمرض فلا يجد ما يأكل وقال ابن لبابة لا بأس أن يأكل منه بالمعروف وإذا كان اليتيم من ثنتى عشرة سنة أو أربع عشرة وهو يستطيع الخدمة ويجد من يستأجره بنفقته فيأبى وله أصل لطيف فيريد بيعه وأكله فإنه يؤاجر فيما يطيقه وإن رغم أنفه ويحبس عليه أصله.

الثالث: المعقود عليه:

وقد قلنا: إنه يتناول الأجرة والمنفعة فأما الأجرة فكل ما جاز بيعه جاز أن يكون أجرة وتستثنى من ذلك الأرض بالطعام على المشهور وإن كان مما لا تنبته وكذلك القطن والكتان والعصفر والزعفران وقال ابن كنانة كل شىء إن أعيد فيه نية لم يجز أن تكرى به وقال ابن نافع تكرى بكل شىء خلا نوع ما يزرع فيها وخلى الحنط وأخواتها قال سحنون ومن أكراها بجزء مما يخرج منها فهى جرحة فى حقه قال ابن أبى زيد إن كان عالمًا فإنه لا يجوز قال فإن نزل ذلك فلربها كراؤها دراهم.

وأما المنفعة فيشترط فيها سبعة شروط:

الأول: أن تكون مباحة فلا يجوز استئجار آلات اللهو ولا الاستئجار عليها ولا على صياغة أوانى الذهب والفضة ولا يجوز كراء الأرض ممن يبيع فيها الخمر ولا الدابة ممن يحمل عليها ذلك أو ممن يعلم أنه يريدها لذلك فإن نزل فسخ ويتصدق بالكراء إن علم أنه إنما أكرى الدار والأرض لذلك فإن لم يعلم يفسخ وينهى عن ذلك فإن لم يفعل وتمت المدة بالسكنى أخذ الإمام الكراء فتصدق به وعاقبهما.

الثانى: أن تكون متقومة فما لا قيمة لمنفعته فلا يجوز استئجاره وفى استئجار الأشجار لتجفيف الثياب قولان ومنع ابن القاسم استئجار ما لا يعرف بعينه فمنع

استئجار الدنانير والدراهم لتزيين الحوانيت وأجازه القاضى أبو بكر إذا كان المالك حاضرًا معه وفى جواز استئجار المصحف قولان لابن القاسم وابن حبيب ولا يجوز لأحد أن يبنى مسجدًا ليكريه للصلاة وكره ابن القاسم أن يكترى بيته لمن يصلى فيه قيام رمضان.

الثالث: أن لا يتضمن استيفاء عين قصدا فلا يصح استئجار الأشجار بثمارها ولا الغنم لنتاجها وصوفها ولبنها ويستثنى من ذلك ما كان تبعا كاشتراط ثمر الشجرة فى الدار المكتراة للسكنى إذا كانت قيمة ذلك الثلث فأدنى ويجوز استئجار الضئر للرضاعة وإن كان الابن غنيا للضرورة.

الرابع: القدرة على التسليم حسا وشرعًا فلا يجوز استئجار الخرص للتعليم ولا الأرض التى لا ماء لها للزراعة وكذلك أرض المطر المأمونة عادة وقيل لا يجوز النقد فيها وإن كانت مأمونة ولا يجوز كراء الأرض الغارقة فإن ظن ذهاب الماء عنها بالعادة جاز.

الخامس: أن يكون الكارى منه المنفعة فإن كان إنما ملك أن ينتفع لم يجز ككراء بيت فى المدرسة.

السادس: أن تكون معلومة.

السابع: أن تحصل للمستأجر فلا يصح الاستئجار فى العبادات كالصوم والصلاة فإن أوضح بحج فله أجر النفقة ويجوز أن يعطى المؤذن والإمام من بيت المال ومن الأحباس ويجوز للمؤذن أن يأخذ الأجرة من أجائر الناس وفى جواز ذلك للإمام ثلاثة: المنع لابن حبيب والجواز لابن عبد الحكم والتفرقة فإن أضاف لذلك أذانا أو إقامة جاز وبه العمل والإجارة على تعليم قراءة القرآن جائزة وذم ابن القاسم الإجارة على تعليم الفقه والفرائض قال لأن مالكًا كره بيع كتب الفقه والشرط على تعليمها أشد. ابن يونس. قال غيره بجواز بيعها وعلى قوله يجوز الاستئجار على تعليمها وهو أصوب وكره ابن القاسم الإجارة على إجارة الشعر والنحو وعلى كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك وبيعها وأجاز ذلك ابن حبيب وكره الشعر ما فيه ذكر الخمر والخناء وقبيح الهجاء قال اللخمى وأما الغناء والنوح فممنوع قال اللخمى والأجر على القضاء والفتوى رشوة.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى خمسة فصول:

الأول: فى حكم الإجارة الفاسدة:

وهو الفسخ ثم إن كان المكترى لم يضمن العين المكتراة فلا يلزمه شىء وإن قبضها واستعملها فعليه كراء المثل وكذلك إن لم يستعملها عند ابن القاسم لكن اختلف المتأخرون هل يلزمه كراء مثلها على أنها مستعملة أو على أنها معطلة فقال بعض القرويين على أنها معطلة فى قول ابن القاسم كمن حبسها بعد انقضاء مدة الكراء وقال ابن يونس على أنها مستعملة لأنها إنما قبضها لينتفع بها وما فعله من العطلة غير مبطل لحق ربهما كما اكتراها كراء صحيحًا فعطلها.

الثانى: والمقتضى للفسخ أو الخيار فيه بعد وقوعه على الصحة:

وذلك ثمانية أسباب:

الأول: نهى الشارع عن الاستيفاء: مثل أن يستأجر حجاما على قلع الضرس فيسكن إليه أو على قصاص فيعفو ولى الدم.

الثانى: فوات المنفعة: فمن ذلك موت الدابة والأجير المعينين. ابن القاسم. وإذا اعتلت الدابة بالطريق انفسخ الكراء يريد وهى معينة ولو صحت بعد ذلك ولم تلزمه بقية الطريق. ومنها انهدام بئر الأرض المكتراة للزرع وتقدير سقيها.

تنبيه: إن أبى رب الأرض من إصلاح البئر فلرب الزرع أن ينفق فى ذلك ما يخص كراء تلك السنة وما زاد فهو فيه متطوع قاله فى المدونة فإن كان ربها قد قبض كراءها أجبر على إخراج ما ينوب تلك السنة، ومنه انهدام جميع الدار أو ما يتضرر المكترى بالمقام معه ويأبى الآخر من إصلاحه أو يكون عليه فى الصبر إلاَّ أن يثبت ضرر. ومنه فساد الأرض المكتراة للزراعة بكثرة الدود والفأر وكذلك إذا غرقت فى الآبار بحيث لو انحسر عنها الماء لم يمكن زرعها قال اللخمى وإذا فسد الزرع بالدود أو الفأر سقط الكراء كان هلاكه فى الإبان أو بعده وكذلك إن هلك بسبب العطش ولو كان هلاكه بأمر خارج كالجراد والطير والجليد والبرد ونحو ذلك

من الجوائح لم يسقط عنه من الكراء شيء ومنه قلة الطحن فى الأرحاء قال صاحب الطرر إذا قل الواردون للطحن لجهد أصاب الناس فى ذلك الزمان أو قل الواردون من البلاد لسكنى الفنادق المتخذة للنزول لفتنة أو خوف حدث فى الطريق أو ما أشبه ذلك وجب الخيار للمكترى فى الفسخ أو التمسك فإن سكت حتى انقضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء ولا يسقط عنه الكراء إلا لجلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الأرحاء معطلة والفنادق خالية ولا يلزم ربها إذا قلت الواردة أن يحط عن المكترى شيئًا وإنما له الخيار وفى المتيطية إذا انقطع الرحا لقلة الماء أو لكثرته أو لخلاء موضعها لفتنة أو لصوص أخافوهم لم يفسخ الكراء فإذا عاد الأمر إلى حاله وقد يلقى من الأوجبة شيء فذلك لازم لهما كقول مالك فى الأجير يمرض فما يصح فى بقية المدة ويسقط عن المكترى ما ينوب قلة الانقطاع على نفاقه.

الثالث: فوات عمل الاستيفاء على خلاف: فأما موت الصبى المستأجر على رضاعه أو على تعليمه أو موت الدابة المستأجر على رياضتها وعلوق الرمكة ببعض الأكوام التى استأجر الفحل عليها فموجب للفسخ واختلف فى تلف الشيء المستأجر على حمله أو بيعه والقمح المستأجر على طحنه أو حصاده والثوب المستأجر على خياطته قال القاضى أبو محمد الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا تتعين فى الإجارات وأنه إن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة وحكى ابن شاس مثل ذلك فى الثوب المستأجر على خياطته يتلف عليه أن يأتى بغيره على ظاهر المذهب وقال سحنون فى الرجل يستأجر بناء أو حصادا أو من يعمل له عملا فمنعه المطر من تمامه أن له ما عمل من النهار وقال غيره له جميع الأجرة.

الرابع: وجود العيب: قال ابن القاسم إن اكترى دابة معينة أو بعيرًا معينًا فإذا هو عضوض أو جموح أو لا يسير ليلاً أو به دبرة فاحشة يؤذيه ريحها فله الفسخ. ولو استأجر عبدا للخدمة فوجده سارقًا فله الرد.

الخامس: حمل الأمة المستأجرة من سيدها: قال فى الجواهر من استأجر أمته فله وطؤها فإن حملت وجبت المحاسبة وكذلك الضئر تحمل من زوجها.

السادس: بلوغ الصبى وعتق العبد وموت المعمر بعد الإجارة والاستحقاق: وإذا آجر الوصى يتيمه فبلغ فقال ابن القاسم إذ آجره ثلاث سنين وهو يرى أنه لا يحتلم فاحتلم بعد سنة فله فسخ الإجارة إلا أن يبقى منها اليسير كالأيام والشهر قال ولا يؤاجر الأب ولده ولا الوصى يتيمه بعد احتلامه قال يحيى ورشده ولو أكرى ربعه أو رقيقه أو دوابه أعواما فاحتلم بعد سنة فإن كان يظن أنه لا يحتلم تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وآنس منه الرشد فلا فسخ له قال ابن القاسم وقال غيره لا يلزمه إلا فيما قل قال ابن القاسم وأما إن عقد عليه أمدا يعلم أنه يبلغ فيه فلا يلزمه وكذلك الأب قال وأما سفيه بالغ يؤاجر عليه ولى أو سلطان رقيقه أو دوابه سنتين أو ثلاثة ثم انتقل إلى حال الرشد فذلك يلزمه وقال غيره إنما يجوز للمولى أن يكرى عليه ذلك السنة ونحوها وأما ما كثر فله فسخه وإذا آجر السيد عبده ثم أعتقه فلا مقال للعبد والإجارة أملك به وهو حر بتمامها ولا يلحقه دين وأحكامه أحكام العبيد. ابن حبيب. فإن اختلفا فى الإجارة فسأل السيد فإن قال أردت أن يكون حرًا بعد تمام الأمد صدق وكانت الإجارة له وإذا مات المعمر بعد الإجارة ففى الجواهر إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة وقبل انقضاء مدتها انفسخت فى بقية المدة وقيل إن أكروا لمن يجوز الكراء إليه لم تنفسخ وإذا استحقت الأجرة وهى معينة انفسخت الإجارة فإن كانت غير معينة لم تنفسخ وإن استحقت العين المستأجرة انفسخ الكراء إلاَّ أن يكون الكراء مضمونا فيسلم إليه تلك العين ليستوفى منها فلا تنفسخ ويلزمه الإتيان بغيرها.

السابع: الغصب: وفيه ثلاثة: المصيبة من المالك مطلقًا قال مالك فى الواضحة ومن اكترى أرضا وقبضها ثم غصبها منه سلطان فمصيبتها من ربها ولا كراء له فيما بقى. وقال سحنون الجائحة من المكترى والتفرقة فإن غصب أصل الدار فالمصيبة من ربها وإن غصب السكنى فهى من المكترى.

الثامن: هروب الأجير والجمال: وإذا استؤجر رجل مدة معينة فهرب قبل استيفائها فانفسخت الإجارة بانقضائها وإن كانت غير معينة ألزم عملها وإذا هرب الجمال بالإبل وكان الكراء لشىء بعينه انفسخت الإجارة بمضيه من غير افتقار لحكم وإن كان بشىء لغير عينه ولم يفت ما اكتريت له فليرجع إلى الحاكم فإن كان لا

ضرر على المكترى لم يعجل بالفسخ فإن كان عليه ضرر فسخ مثل المكترى إلى بلد إن فاته الخروج مع هذه الرفقة فات ما اكتراها له أو يكون الكراء للحج فإن لم يرفع إلى الحاكم فهل ينفسخ كالمعين أو لا قولان.

الفصل الثالث: فى حكم الغلط والتفويت وموت المكترى وتخلفه:

وإذا اكترى رجل من جمال على حمل بعينه إلى بلد بعينه فأخطأ فحمل غيره فربه بالخيار فى تضمينه قيمته فى البلد الذى حمله منه ويأخذها حيث هو وإن أحب أخذ الحمل وغرم الكراء قاله ابن القاسم وقال أشهب لا كراء له وليس للجمال أن يقول أنا أرده ولا لربه أن يلزمه ذلك وعلى الجمال أن يرجع فيحمل ما استأجره عليه وإذا فوت رب العين المكتراة تلك العين بالبيع أو الهبة فالمكترى أحق بها فى الموت والفلس بقيمة المدة كطعام بعينه مات بائعه أو فلس قبل الكيل قاله ابن القاسم ولا ينفسخ الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما وكذلك من اكترى أرضا أو دارا فلم يجد بذرا أو سجنه السلطان وإذا مات المكترى فى الطريق فلم يجد وليه كراءه وأراد أن يطرح فى شقه حجارة فقال ابن القاسم ليس له ذلك وهو مضار إلاَّ أن يكون له فى تلك الحجارة نفع. ابن شاس. وإذا ظهر للعاقد عذر فتخلف عن استئجار الدابة أو تغيرت خلقته بعد استئجار الحانوت أو مرض فالعقد لازم إذ لا خلل فى المعقود عليه.

الفصل الرابع: فى الضمان:

ويتعلق النظر بالأجراء والصناع:

أما الأجراء: فالمعروف أن يد الأجير يد أمانة وقيل لا ولم يختلف فى أن يد الحارس يد أمانة، قال محمد من استؤجر على حراسة بيت فنام فسرق فلا ضمان عليه وله أجره كاملاً وكذلك جميع الحراس والسمسار لا يضمن وكذلك الحمامى وقيل يضمن الحمامى إلاَّ أن يأتى بحارس فلا يضمن ثم فى تضمين ذلك الحارس قولان لابن حبيب والمدونة واستثنى مالك الطعام والشراب مقتاتا أو غير مقتات حملوه فى سفينة أو على ظهورهم أو دوابهم مع عدم البينة ولا ينتفعون بشرط الضمان وخص ابن حبيب الضمان بما يقتات دون ما يتفكه به ثم ما هلك من الطعام بقولهم فإنهم يضمنون مثله فى الموضع الذى يحملونه إليه ولهم جميع

الكراء وما لم يضمنوه إما لكون ربه معه أو قامت بينة بهلاكه بأمر سماوى فلا كراء لهم فيه وعليهم حمل مثله من موضع التلف وإن تقم بذلك بينة فجعله ابن المواز مثل ما قامت بهلاكه بينة وقال ابن حبيب ولهم من الكراء بحسب ما مضى وينفسخ ما بقى ثم حيث قلنا بقبولهم التلف فذلك ما لم يصدر منهم ما يقتضى الضمان ولذلك ثمانية أسباب:

الأول: ظهور كذبهم مثل أن يدعى التلف فتشهد البينة بعد ذلك على رؤيته عنده.

الثانى: أن يدعى التلف على صفة لا تشبه.

الثالث: كراؤه لغيره على أحد الأقوال وهى ثلاثة نفى الضمان مطلقًا ووجوبه مطلقًا والتفرقة فإن أكراه من مثله فى أمانته لم يضمن وإلا ضمن وهو المشهور.

الرابع: فى التغرير الفعلى وفى القولى قولان مثال الأول أن يغره بضعف الجمل أو من عثار قال اللخمى ولصاحب الحمل تغريم الجمال قيمة ذلك بالموضع الذى حمله منه أو بالموضع الذى هلك فيه، وقال ابن حبيب يضمن قيمته يوم الهلاك وله من الكراء بحسابه إلى ذلك الموضع قال وهو قول ابن القاسم مثال الثانى أن يدفع له حبلاً ويأمره أن يربط بها الحمل.

الخامس: التعدى والتفريط.

السادس: حبس الكارى المتاع حتى يقبض وحوزه عن ربه كما يحاز الرهن وذلك موجب الضمان قال ابن القاسم وله الكراء كله إذا بلغ الغاية.

السابع: الجناية عمدا كانت أو خطأ إلا ما كان منها مأذون فيه قال ابن القاسم وما فعله الراعى مما يجوز له فعله فأصاب الغنم من فعله عيب لم يضمن.

الثامن: عدم إتيانه بما يصدقه مع القدرة على ذلك قال ابن القاسم فى المرتهن يدعى موت الدابة بموضع فيه عدول ولم يعرف واحد منهم موتها هو ضامن فكذلك ينبغى هاهنا.

الصناع: والمذهب أن الصانع ضامن إذا نصب نفسه للناس ولم يقم له دليل بصدقه يصدقه وسواء عمل بأجر أو بغير أجر كثر العمل أو قل مثل زر فى ثوب أو طوق أو رقعة أو فص خاتم وسواء عمل فى حانوته أو فى بيته سواء كان التلف

بصنعة أو بغير صنعة وأما الصانع الخاص فهو أمين. ابن شاس. إذا لم ينصب نفسه للصنعة فيده يد أمانة وكذلك لو دعاه رب السلعة فعمل فى بيته وكذلك إن لازمه صاحبها وإذا أقامت للصانع بينة بالهلاك من غير تفريط ولا تعد لم يضمن قاله ابن القاسم وقال أشهب يضمن ثم إن أصل القبض على الضمان ثم إن شهدت بهلاكه بعد تمام العمل فقال ابن القاسم لا شيء له من الأجرة وقال ابن القاسم له الأجرة. وإذا اشترط الصانع نفى الضمان نفعه على قول أشهب ولم ينفعه على قول ابن القاسم وعليه القيمة يوم القبض إلا أن يقر أن قيمته يوم التلف أكثر فيضمنه ولو ظهر عنده بعد ذلك فقيمته يوم ظهر عنده وإن كانت أقل، وإذا كان عند الأجير المشترك أجر فتلف بأيديهم ضمن هو دونهم وإذا دفع القصار للثوب إلى قصار آخر وهرب بعدما قبض أجرته ببينة فلربه أخذ ثوبه بلا غرم ويتبع الثانى الأول بحقه وإن لم تكن له بينة حلف الثانى ما قبض أجرته وأخذ الأقل من أجرته وإجارة الأول قاله ابن ميسر. وإذا أخطأ القصار فدفع ثوبك بعدما قصره لغيرك فقطعه وخاطه ثم دفع إليك غيره فإنك ترده ولك أن تضمن القصار قيمته أو تأخذه مخيطًا بعد دفع أجرة الخياطة نقصته الخياطة أو زادته ولا ترجع بذلك على القصار.

الفصل الخامس: فى التنازع:

وإذا ادعى الصانع الرد فالقول قول رب المتاع عمله بأجر أو بغير أجر. وقال ابن الماجشون القول قول الصانع إلا أن يدفعه إليه ببينة وإذا قال المكترى ما يغاب عليه رددته صدق مع يمينه كما يصدق فى تلفه وإن قبضه ببينة وقال أصبغ: إن قبضه ببينة لم يبرأ إلا ببينة وإن صدق فى التلف وإذا استأجر رجلاً على توصيل الكتاب إلى بلد فالقول قوله فى توصيله فى أمد يصل فى مثله ويدفع إليه الكراء وكذلك الحمول قاله ابن القاسم ولو أمر رب الثوب الغسال بدفع الثوب إلى الكماد فادعى دفعه وأكذبه الكماد أو ادعى ضياعه ففى قبول قوله قولان لابن الماجشون وأصبغ وإذا قال استودعتك وقال الصانع أجرتنى فقال مالك الصانع مصدق وقيل بل مدعى وإذا قال أمرتك بصبغ الثوب أحمر وقال الصباغ بل أخضر فالصباغ مصدق مع يمينه إلا أن يصبغه صبغًا لا يشبه مثله فيصدق ربه مع يمينه وإذا اختلفا فى قدر

الإجارة فالقول قول الصانع بخلاف البناء فإن القول قول رب البناء مع يمينه لأن البناء سلم ما بيده لربه ولو سلم الصانع ما بيده لكان مثله ثم حيث قلنا بتضمين رب الثوب فذلك إذا أتى بما يشبه وإلا صدق ربه فيما يشبه فإن ادعيا معا ما لا يشبه فله أجر المثل. وإذا قال المكترى اكتريت منك إلى إفريقية ويقول الجمال بل إلى برقة فإن وقع ذلك قبل الركوب تحالفا وتفاسخا وإن قبض الكراء قاله مالك وقال غيره القبض فوت والقول قول الجمال إذا أتى بما يشبه وإن وقع بعد الركوب فإن كان لم ينقد وكان مما لا ضرر عليه فى رجوعه فكذلك وإلا فالقول قول الجمال إن أتى بما يشبه فإن نكل حلف المكترى وركب إلى إفريقية وإن نفق الدابة ببعض الطريق فتخالفا هل هى مضمونة أو معينة فقال مطرف والقول قول من ادعى التعيين. وإذا اكترى على متاع فاعترضهم نهر فاحتيج إلى من يجوز المتاع ففى أجرة من يجوزه تفصيل قال بعض الشيوخ إن كان النهر لا يجوز إلا بالمعدية وهو معلوم فى الطريق كالنيل فالأجرة على رب المتاع وإن كان يخاض بالدواب فاعترض فيه حملان لم يعلموا به من كثرة المطر فذلك على الجمال إلا أن يكون وقت الكراء علموا جريه فيكون كالنهر الدائم وإذا اكترى على وزن معلوم فزاد بالمطر فأراد الجمال أن ينقص منه وقال المكترى هو الذى اكتريت منك عليه بعينه فقال سحنون إذا زاد فليس هو بعينه وليس عليه أن يحمل إلا الوزن المشترط فإن نقص منه الزائد على الوزن لزمه حمله وإذا قال أسكنتنى بغير كراء وقال رب الدار بالكراء فالقول قول المالك فيما يشبه فإن أتى بما لا يشبه فله كراء المثل قاله ابن القاسم وقال غيره على الساكن الأقل مما ادعاه المالك ومن كراء المثل بعد أيمانهما وإن اختلفا فى قدر المدة تحالفا وتفاسخا فى بقيتها وإن اختلفا فى قدر الكراء أو فى نوعه وأتيا معا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا وبدأ المالك باليمين وله فيما سكن كراء المثل قاله فى المدونة، وقال فى الموازية عليه بحساب ما أقر به وإذا تنازعا فى الكراء فالأصل أن القول قول المالك وقد روى الدمياطى أن القول قول المالك مطلقًا ولا شك أن الحكم كذلك ما لم يكن عرف فيعمل بمقتضاه وقد قالوا فى الصانع يقول لم أقبض الأجرة أن القول قوله ما دام المصنوع بيده أو دفعه وقام بالقرب فان قام بالبعد فالقول قول المالك وكذلك الجمال يكون القول قوله ما دام الحمل بيده أو

بعد أن سلمه وقام بالقرب كاليوم واليومين وكذلك كراء الحاج يقدم بعد وصوله بالقرب فإن بعد صدق الحاج قاله ابن القاسم يريد للعرف وكذلك الدار إن قام بحدثان حلول الكراء فالقول قوله وإن تباعد فالقول قول المكترى مع يمينه فيما تقدم من الشهور ومن السنين والقول قول رب الدار فى الشهر الأخير من السنة الأخيرة مع يمينه إن قام بحدثان ذلك، قال بعضهم: والشهر فى ذلك بعد انقضاء المدة قريب.

• خاتمة:

إذا قام رجل على من زرع أرضه بغير إذنه ولا علمه واعترف بذلك وكان ذلك فى الإبان فلرب الأرض قلع الزرع إن كان فيه منفعة ولا يجوز أن يأخذه بقيمته مقلوعًا ويدخله بيع الزرع قبل بدو صلاحه وقد منع ابن القاسم بيع ما زرعه المكترى من رب الأرض وإن كان نماؤه فى أرضه وقيل يجوز لأنه يدخل فى ضمانه بمجرد العقد لكونه فى أرضه وإليه ذهب التونسى وإن لم تكن له فيه منفعة بقى لرب الأرض وإذا رضى رب الأرض بأخذ الكراء ويبقيه لربه والزرع مما ينتفع به جاز وإن كان مما لا ينتفع به لم يجز أخذ الكراء وإن قدم بعد الإبان وصدقه فله كراء المثل.

* * *

كتاب الجعالة

حقيقتها: إعطاء أجر فى مقابلة عمل بشرط التمام.

حكمها: الجواز ولا تلزم بالعقد بل لكل واحد منهما الترك فإن شرع فى العمل لزمت الجاعل وكان للمجعول له الترك.

حكمة مشروعيتها: الرفق ودفع الحاجة.

أركانها: ثلاثة: العاقد والمعقود به والمعقود عليه.

الأول: العاقد:

ويتناول الجاعل والمجعول له ويشترط فى الجاعل أهلية الاستئجار ولا يشترط فى المجعول له أن يكون معينا بل لو قال من جاءنى بعبدى الآبق فله كذا فأتاه به رجل استحق الجعل وإن لم يعلم بالجعل ولا تكلف طلبا ولو جاءه به قبل أن يجعل ربه فيه جعلا ومن شأنه التكسب مثل ذلك فله جعل المثل وإن شاء ربه تركه له ولا يعطيه شيئًا وإن لم يكن ذلك من شأنه فليس له إلا ما أنفق عليه.

الثانى: المعقود به:

كل ما جاز تملكه وجاز بيعه فلو قال من جاءنى بعبدى الآبق فله نصفه لم يجز وكان له جعل المثل إن أتى به ولو قال بع هذه الثياب ولك درهم من كل ثوب جاز وإن قال من كل دينار درهم لم يجز ولا يجوز بعه بعشرة ولك ما زاد.

الثالث: المعقود عليه:

ويشترط فيه خمسة شروط:

الأول: أن يكون مما لا يلزم المجعول له عمله وما يجوز له عمله إن كان مما يلزمه عمله لم يجز له أخذ الجعل عليه مثل أن تجد آبقًا من عمل لأن رده واجب عليه ولو كان مما لا يجوز له فعله لم يجز له أخذ الجعل عليه كالجعل على الحرام.

الثانى: أن يكون مما ينتفع به الجاعل قال عبد الملك فيمن جعل لرجل جعلا على أن يرقيه موضعًا فى الجبل سماه له: إنه غير جائز ولا يجوز الجعل إلاَّ على ما ينتفع به الجاعل وقيل يجوز.

الثالث: أن يكون مما لا ينتفع به الجاعل إلاَّ بتمامه فلا يجوز الجعل على حفر بئر فى أرض مملوكة للجاعل لأن المجعول له أن يترك الحفر قبل التمام انتفع به الجاعل بخلاف ما يكون فى أرض غير مملوكة.

الرابع: أن يكون غير مقدر بزمن فلو قال بع هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يجز إلا أن يشترط أن يترك متى شاء لأنه إن ذهب اليوم ولم يبعه ذهب عناؤه باطلاً وإن باعه فى نصفه فله الجعل كاملاً وتسقط عنه بقية اليوم وذلك خطر والجعل لا يكون مؤجلاً إلا أن يكون له رده متى شاء.

الخامس: أن يكون فى اليسير، قال القاضى أبو محمد: لا يجوز أن يكون فى الكثير لما فيه من الغرر فذهاب العمل الكثير باطل، وقال ابن رشد: ما ذكره عبد الوهاب غير صحيح والصحيح أنه جائز فى كل ما ليس فيه منفعة للجاعل إلا بتمامه قليلاً كان أو كثيراً قال وإنما قال ذلك مالك فى المبيع لأن ينتفع بحفظ الكثير من الثياب مدة بقائها عنده ولو لم يدفعها إليه لجاز إذا جعل له فى كل ثوب درهما.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى أربعة فصول:

الأول: استحقاق الجعل:

ويجب للعامل الجعل بتمام العمل لأن له أن يدعى العمل متى شاء إلا أن ينتفع الجاعل بما جعله العامل مثل أن يجاعله على حمل خشبة إلى موضع فيحملها نصف الطريق ويتركها فيجاعل عليها ربها من يبلغها الموضع قال مالك للأول قدر ما انتفع به الجاعل وكذلك البئر يحفر نصفها ويترك قال مالك وابن كنانة يرجع بقيمة عمله يوم أتمها الثانى كانت القيمة الآن مثل المسمى أو أقل أو أكثر.

الثانى: الزيادة فى الجعل والنقصان منه:

وذلك جائز قبل تمام العمل إذا لم يجب له شىء بعد العقد.

الثالث: فى الجعالة الفاسدة:

وحكمها حكم نفسها فيكون له جعل مثل سواء أتم العمل أو لم يتم وقيل ترد

إلى حكم نفسها فى بعض الصور وإلى حكم أصلها وهى إجارة فى البعض قال ابن رشد وهو الصحيح فقال ابن المواز كل جعل فاسد ففيه إجارة المثل وقال ابن حبيب إذا جعل له جعلا فى بيع متاع إن باع الجميع فله جعله وإن لم يبع الجميع فلا جعل له أو قال له ذلك الجعل سواء بعت أو لم تبع لم يجز ورد إلى أجرة المثل باع أو لم يبع، وقال ابن القاسم إذا لم يسم الجعل وقال ما بعت به فلك من كل درهم سدسه لم يجز فإن باع فله جعل المثل.

الرابع: فى التنازع:

وإذا تنازعا فى قدر الجعل تحالفا وتفاسخا ورد إلى جعل المثل ولو أنكر الجاعل سعى العامل فى الرد فالقول قوله.

* * *

opelkandl.com

كتاب إحياء الموات

حقيقة الإحياء: العمارة، **الموات:** ما لم يعمر من الأفنية.

حكمها: الجواز وهو سبب فى الملك.

حكمة مشروعيته: الرفق والحث على العمارة.

أركانها: ثلاثة: المحيِى والمحيَا والكيفية.

الأول: المحيى:

ولا خلاف أن ذلك للمسلم وفى افتقاره إلى الإمام ثلاثة مشهورها التفرقة بين القرب والعبد وعلى المشهور فإن فعل بغير إذنه نظر فيه الإمام فإن رأى إمضاءه له وإلا جعله للمسلمين أو أقطعه لمن شاء ويكون للأول قيمة ما فيه مقلوعًا أو يأمره بقلعه واختلف فى الذمى فقال ابن القاسم مال أحياه أهل الذمة من موات المسلمين فهو لهم إلا أن يكون فى جزيرة العرب وهى مكة والمدينة واليمن قال مطرف وابن الماجشون فإن فعل أعطى قيمة عمارته وأخرج وإن عمر فى غير ذلك فى بعد من العمران جاز ذلك وأما ما قرب فيعطى قيمة عمارته منقوضًا ويخرج وليس للإمام أن يعطيه إياه.

تنبيه: القرب والبعد يرجع إلى حال البلد فما تألفه مواشيهم فى غدوها ورواحها فهو قريب.

الثانى: المحيَا:

هو الموات المنفكة على الاختصاص والامتياز.

وأسباب الاختصاص خمسة:

الأول: العمارة: ولا يملك بالإحياء ما كانت فيه العمارة وإن اندرست إلا أن تكون عمارة إحياء ثم اندرست حتى عادت كما كانت قبل الإحياء فتملك بالإحياء عند ابن القاسم دون سحنون وقال مطرف وابن الماجشون إن تركها الأول إسلاما لها فهى للآخر ثم إن عمرها الآخر بحدثان عمارة الأول جاهلا فله قيمة بنيانه قائمًا وإن كان عالمًا فمنقوضًا.

الثانى: حريم عمارة: وهو يختص بصاحب العمارة فحريم البئر الذى يمنع غير حافرها من الإحداث فيه ما يضر بها باطنا أو ظاهرا فالباطن حفر بئر ينشف ماؤها وحفر مطمر لطرح النجاسات حتى يصل وسخها إليها والظاهر الغرس والبناء والحرس والنزول الذى يضر بالمنتفعين بها ويضيق عليهم فى نزولهم وصدرهم ومعاطن إبلهم ومرابض مواشيهم وكذلك إن حفرها ليزرع عليها مواتا فحريمها قدر ما يحتاج إليه حافرها مما يقوم لسقى مائها ويقدر على زرعه وليس للآبار والعيون حد عند مالك إلا ما يضر بها وحريم الشجر ما يرى أن فيه مصلحتها وما لا يضر بأهلها ويسأل عن ذلك أهل المعرفة قال اللخمى إن قالوا عشرة أذرع لم يكن لهذا أن يغرس عند آخر العشرة لأن الشجرة الثانية تحتاج إلى ما تحتاج إليه الأولى فإن جعل بينهما دون ذلك أضر بالأولى وإن جعل بينهما عشرة فانتشرت عروق الأولى وفروعها أكثر قطع ما وصل إلى حد الأولى فى ظاهر الأرض وباطنها وإذا أحيا الأول للسكنى وأراد الآخر مثل ذلك فمنعه الأول وقال تكشفنى إن كنت قريبًا فله ذلك وقد قضى عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه أن يجعل بينهما نحوا من مائة ذراع وحريم الدار المحفوفة بالموات مرافقها التى تجرى بها العادة لمطرح التراب ومصب الماء وموضع الاستطراق منها وإليها وإن كانت محفوفة بالأملاك فما كان بينهما وبين تلك الأملاك لا يختص به أحد دون آخر.

الثالث: التحجير: ونعنى بذلك أن يضرب حدا حول ما يريد إحياءه على خلاف وقد قال ابن القاسم لا يعرف مالك التحجير إحياء ولا ما قيل: إن من حجر أرضا يترك ثلاث سنين فإن أحيا وإلا فهى لمن أحياها.

الرابع: الإقطاع: وإذا أقطع الإمام رجلا أرضا فهى ملك له وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئًا وله أن يبيع ويهب وليس للإمام أن يقطع غير الموات تمليكا بل إمتاعًا.

الخامس: الحمى: وقد حمى رسول الله ﷺ البقيع لخيل المهاجرين وهو قدر ميل فى ثمانية أميال. وزاد الولاة فيه بعد ذلك قال سحنون الحمى إنما يكون فى بلاد الأعراب فى الفيافى التى لا عمارة فيها بغرس ولا نبات وإنما يكون فى الأطراف حيث لا تضيق على ساكن قال وفى ذلك يكون الإقطاع أيضًا والمشترك كالشوارع

والطرق والجدر وممر المياه والمساجد فأما الشوارع فإن كانت نافذة فالاستطراق فيها مستحق للكافة وينتفع بها أيضًا للجالس والمرابط والمصاطب وجلوس الباعة للبياعات الخفيفة فى الأفنية لأنها تحار بالبناء والتخضير ومن سبق إلى مكان يباح له الجلوس فيه فهو أحق به وإن كانت غير نافذة فهى مملوكة لأرباب الدور التى هى فيها فلا يجوز إشراع جناح إليها ولا فتح باب جديد منها إلا برضاء الجميع وأما الجدر فليس لأحد الشريكين فيها تصرف إلا بإذن شريكه فإن تنازعا فيه فصاحب اليد من كان إليه وجه الجدار والطاقات ومعاقد القمص والغرز فإن استربا فى ذلك فهو بينهما بعد أيمانهما وأما ممر الماء فمذكور فيما بعد وأما المساجد فينتفع بها للصلاة والجلوس ومن سبق إلى مكان منها لم يزعج منه ويجلس فيها للذكر وللتلاوة وللاشتغال بالعلوم الشرعية وخفف فيها النوم فى القائلة للمقيم والمسافر ولا ينبغى أن يتخذ مسكنا إلا لرجل متجرد للعبادة لقيام الليل قال ابن حبيب وأرخص فى الرجل فيه مجتازا المرة بعد المرة إلا أن يتخذ طريقًا.

الركن الثالث: كيفية الإحياء:

وذلك بالبناء والغرس وتفجير المياه وتحريك الأرض بالحرث والحفر وقطع الشعراء واختلف فى ثلاثة: رعى الكلاء والتحجير وتعديل الأرض بكنس حجرها وتسوية خربها فلم يرها ابن القاسم إحياء ورآها أشهب إحياء.

اللواحق

ضربان:

الأول: ما يحدثه الرجل فى أرضه مما يضر بجاره:

وذلك ثلاثة عشر نوعًا:

النوع الأول: الدخان: وذلك ممنوع وقد نص مالك على أن من أحدث فى عرصته فرنا أو حماما أو كيرا للحديد أو فرنا لسيل الذهب والفضة فأضر بجاره أنه يمنع واستخف اتخاذ التنور. وفى الطرر عن ابن رشد أن ذلك يمنع اتفاقًا.

تنبيه: إن أمكن قطع الدخان بحيث لا يضر بالجار قطع ويبقى الفرن بحاله وبها

قضى سليمان بن أسود فجعل أنبوبا فى أعلى الفرن يخرج منه الدخان وصعد ولم يضر.

النوع الثانى: ضرر التبن: وإحداث الأندر ممنوع اتفاقًا قاله ابن رشد لما يتطاير من التبن فى موضع الجار.

الثالث: ضرر الروائح: كأحداث الرباع قال ابن رشد وذلك أيضًا ممنوع بالاتفاق.

الرابع: ضرر الكنيف والرحا: لأن ذلك يضر بالجدران.

الخامس: ضرر الاطلاع: وقال ابن رشد يمنع من اتخاذ الكوة واتخاذ الباب لضرر الاطلاع وقيل لا يمنع ويقال للجار استر عن نفسك قاله أشهب وابن الماجشون وابن مسلمة والمخزومى قال وهو شاذ والمنع قوله فى المدونة وإذا كانت الكوة قديمة أو الباب قديمًا فليس له سده.

السادس: ضرر الأصوات: كالحداد والكماد والنداب فيه قولان المشهور أنه لا يمنع.

السابع: إحداث بناء يمنع الضوء والشمس والريح: وذلك غير ممنوع ولو أحدث بناء يمنع الريح عن أندر جاره لم يمنع قاله ابن القاسم واختلف فيه قول سحنون.

الثامن: نقصان الغلة: مثل أن يحدث فرنا قريبًا من فرن جاره ولا يمنع منه اتفاقًا ولو أحدث رحا على نهر فوق رحا قديمة فأضرت بها فى نقصان غلتها أو كثرة مؤنها أو فى غير ذلك ضرر بين فقال ابن القاسم يمنع ولو لم يبين لأهل المعرفة فى ذلك ضرر قيل له عمر فإن أضررت منعناك.

التاسع: حفر البئر فى الدار: قال مالك له ذلك إلا أن يضر بجاره ضررًا بينًا فى استفراغ ماء بئره قال بعض الشيوخ هذا خلاف ظاهر المدونة لأنه أطلق فيها القول بالضرر ولم يقيد بصفة وقال ابن كنانة له أن يحفر فإن أضر ببئر جاره منع. وقال أشهب إن كان يجد منها بدا وليس هو بمضطر منع وإن كان مضرا فله أن يحفر وإن أضر ببئر جاره وقال ابن القاسم من حفر بئرًا بعيدة من دارك فانقطع ماء بئرك من حفره وعلم ذلك فلك ردمها عليه.

العاشر: إحداث الميزاب لماء المطر: ممنوع سواء أضر بجاره أو لم يضر إلا أن

يأذن له جاره فإن لم يأذن وأراد أن يضم جداره إلى داخل ويجعل الميزاب ينصب فى موضع الجدار فقال مطرف ليس له أن يحدث على جاره شيئًا لم يكن وقال عيسى له ذلك.

الحادى عشر: إحداث باب قبالة باب الجار: منعه فى المدونة فى الزنقة غير النافذة وأجازه فى النافذة وقال سحنون يمنع أيضًا ولكن ينكب عن باب جاره قليلاً بحيث يرى أن يزال به الضرر.

الثانى عشر: ضرر الشجر: وإذا كانت شجرة إلى جدار رجل أضرت به فقال مطرف إن كانت أقدم من الجدار وكانت على ما هى عليه اليوم من الانبساط فلا تقطع وإن حدث فيها أغصان تضر بالجدار فليشمر منها ما يضر مما حدث وقال ابن الماجشون لا تقطع وإن أضرت به لأنه قد علم أن ذلك من شأن الشجر وإن كانت محدثة بعد الجدار قطع منها ما أضر به وإن كثر وما انتشر من الشجر إلى أرض الجار قطع ولو امتدت عروقها تحت الأرض فظهرت بأرض الجار وأثمرت خير رب الأرض بين أن يقلعها أو يعطى قيمتها مقلوعة قال ابن القاسم إلا أن تكون لربها منفعة إذا قلعها وغرسها نبتت فله قلعها وإن كان لا منفعة له فيها ولا عليه مضرة فهى لرب الأرض.

الثالث عشر: ضرر الحيوان: كالدجاج والحمام والنحل والمواشى قال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وقاله ابن القاسم وقيل يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس فى زروعهم وشجرهم وما أفسدته الماشية نهارًا فجارٍ، وما أفسدته ليلاً فضمانه على أربابها ويقوم الزرع الأخضر على الرجاء والخوف قال مالك ولا يستنأبه أن ينبت كما يفعل بسن الصبى الصغير ولو أراد صاحب الماشية أن يسلم ماشيته فيما أفسدت لم يكن له ذلك بخلاف جناية العبيد وإن أفسدت الزرع بعد أن يستحصد ويستغنى عن الماء غرم مكيلته بالخرص إذا أفسدت الجميع وكذلك التبن ولو أفسدت أشجارًا غرم قيمتها على الرجاء بإحيائها والخوف بهلاكها.

الضرب الثانى: فى حكم ما ينشأ عن الأعيان المملوكة:

وهى المعادن والمياه وتوابع المياه من الكلأ والسمك فأما المعادن فقد سبق الكلام

عليها فى الزكاة. وأما المياه فإن كان منها خاص كماء بئر فى ملكه وما حازه فى الجدار فحكمه حكم سائر المتملكات يصح بيعه ومنعه وما كان غير خاص وكان مسيله فى أرض مباحة كالذى يسيل من شعاب الجبال فحكمه أن يسقى منه الأعلى فالأعلى وإن كان مسيله فى أرض مملوكة فلمن صار بأرضه أن يحبسه ويمنعه قل أو كثر وما كان مترددا بين الخصوص والعموم كماء البئر المحفورة فى الفيافى والبوادى للمواشى فلا تباع ولا تورث لكن حافرها أحق بكفايته ثم ورثته وما فضل فليس له منعه والمسافرون أحق من المقيمين وعليهم إعارة الرشاء والدلاء والحوض. والكلأ إذا كان بأرض غير مملوكة لم يمنع وما كان بأرض مملوكة لمعين فقال أشهب لا يجوز بيعه أصلاً وهو كالماء الذى يجريه الله سبحانه وتعالى على وجه الأرض وإنما له أن ينتفع به ويحميه لرعيه خاصة وله أن يجزه ويبيعه وأما قائمًا فلا. وقال مالك وابن القاسم فى العتبية له بيعه وإنما الذى لا يكون له بيعه ما سوى المروج والحمى من خصب فدادينه ويجبر على إباحته للناس إن استغنى عنه إلا أن يكون فى وصول المواشى إليه ضرر عليه مثل فدان فيه خصب وحوله زرع له فيتضرر بمر المواشى فى زرعه فيكون له المنع وإن لم يحتج إليه وأما السمك فما كان منه فى أرض غير مملوكة له لم يمنع منه من أراده وما كان مملوكًا لغير معين ففيه خلاف قال ابن القاسم سألت مالكًا عن بحيرات عندنا بمصر لأهل القرى أرادوا بيعها ممن يصير سمكها سنة فقال ما يعجبنى أن تباع لأن سمكها يقل ويكثر وما أحب أن يمنع من يصيد ممن لا يملك فيها شيئًا وقال سحنون لهم منعها وقال أشهب إن طرحها فتوالدت فلهم منعها وإن كان الغيب أجراها لم تمنع.

* * *

كتاب الحبس

حقيقته: لغة: المنع. وشرعًا: إعطاء عين لمن يستوفى منافعها على التأبيد.

حكمه: الجواز خلافًا لأبى حنيفة.

حكمة مشروعيته: تكثير الأجر وعموم النفع ومراعاة مقاصد العبيد بعد الممات والتنبيه على أن أعماله محفوظة عليه.

أركانه: أربعة: الصيغة والمحبِس والمحبَس والمحبس عليه.

الأول: الصيغة:

وهى لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك العين على التأبيد وعلى منع التصرف فى العين المحبسة بالبيع ونحوه ويقوم مقام الصيغة ما دل عرفا على ذلك كالإذن المطلق فى الانتفاع كما لو بنى مسجدا وأذن للناس أن يصلوا فيه ثم الصيغة إن صدرت مطلقة حكمها اللزوم وإن صدرت مقيدة بخيار فكذلك وشرط الخيار باطل وإن تقيدت بشرط اختلف بحسب ذلك الشرط.

والشروط ثلاثة: جائز وممنوع ومكروه.

الأول: الجائز: وله صور منها أن يحبس على ولده على أنهم إن احتاجوا أو اجتمع أكثرهم على البيع باعوا وقسموا الثمن على السواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين فإن هلكوا ولم يبق منهم إلا واحد فله البيع. قاله مالك ثم حيث قلنا لهم البيع إن احتاجوا فلا بد من إثبات الحاجة ويحلف أن لا مال له ظاهرًا ولا باطنا إلا أن يقول المحبس وهو مصدق ومنها أن يحبس داره على عقبه ويشترط أنها لآخرهم بتلا فإن كان آخر العقب امرأة باعت إن شاءت وإن كان رجلا يرجى له العقب لم يبع فإن مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته. ومنها أن يحبس داره ويستثنى منها بيتا يسكنه حياته ثم يلحقه بالحبس بعد موته وذلك جائز إذا كانت قيمته مثل ثلث جميع الدار أو أقل.

الثانى: الممنوع: وهو ما آل للكراء المجهول وهو أن يحبس دارا على رجل على أن عليه بناء ما رث منها من ماله فإن وقع مضى وسقط الشرط وبنيت من غلتها.

الثالث: المكروه: وهو إخراج البنات من الحبس قال مالك وذلك من فعل الجاهلية وما أريد به وجه الله تعالى لا يكون كذلك قال عنه ابن القاسم إذا حبس على ولده وأخرج البنات عنه إن تزوجن، الشأن أن يبطل، وروى ابن القاسم أنه يمضى إذا مات على ما شرط وإن كان حيا ولم يحز عنه فليرده وإن حيز مضى على ما شرط.

الثانى: المحبِس:

شرطه الإسلام والطوع والرشد فلا ينفذ من الذمى قال مالك فى نصرانية بعثت دينارًا إلى الكعبة يرد إليها. وقال ابن القاسم فى ذمى حبس دارًا على مسجد أنه لا ينفذ ولا ينفذه من المكره ولا من المحجور.

الثالث: المحبَس:

ولا خفاء بجواز تحبيس العقار وفى جواز تحبيس الحيوان روايتان الجواز قوله فى المدونة قال بعضهم الخلاف إنما هو فى غير الخيل أما الخيل فلا خلاف فى جواز تحبيسها ثم إن قلنا بجواز تحبيس الحيوان فنقول باللزوم وإن قلنا بالكراهة ففى اللزوم روايتان.

الرابع: المحبس عليه:

كل من يصح أن يملك أو يملك الناس الانتفاع به كالحبس على المساجد قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى جواز الوقف على الذمى دون الكنيسية قال ويجوز على الجنين وعلى من سيولد قال وزعم بعض الناس أن الوقف على الحمل غير جائز. المحبس عليه إن كان معينا وهو أهل للولد والقبول فلا بد من قبوله واختلف فى قبوله هل هو شرط فى اختصاصه به أو هو فى أصل الوقفية ففى الموازية فيمن قال أعطوا فرسى فلانًا فلم يقبله إن كان حبسًا أعطى لغيره وقال مطرف فيمن حبس حجرًا فلم يقبلها المحبس عليه لأجل نفقتها رجعت ميراثًا وإن كان غير معين لم يفتقر إلى القبول.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى أربعة فصول:

الأول: فى الحيازة:

وهى شرط فى تمام الحبس لا فى انعقاده كالهبات والصدقات والعمرى وسيأتى الكلام عليها فى الهبات والصدقات إن شاء الله تعالى.

الثانى: فى بيان مدلولات ألفاظ المحبس عليهم وألفاظ المحبس:

أما ألفاظ المحبس عليهم: فكلفظ الولد والعقب والابن والذرية والنسل والآل والقرابة والموالى والقوم والإخوة والعصبة والأعمام وبنى الأب وأطفال أهلى وما فى معناهم من صبيانهم وصغارهم وشبانهم وأحداثهم وكهولهم وشيوخهم والأرامل والسبيل.

فلفظ الولد: يتناول ولد الصلب وأولاد ذكورهم دون ولد البنات على المشهور.

ولفظ العقب: كلفظ الولد، ولفظ الابن مثلهما.

ولفظ الذرية: يدخل فيه ولد البنات قال ابن العطار لا خلاف فى ذلك وقيل لا يدخلون.

ولفظ النسل: فى دخول ولد البنات فيه القولان.

ولفظ الآل: قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبة والأخوات والبنات والعمات دون الخالات وهذا هو المشهور وقال التونسى يدخل كل من كان من جهة أحد الأبوين وإن بعد.

ولفظ القرابة: قال مالك فى الموازية فيمن أوصى بمال لأقاربه أنه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد قال فى العتبية ولا يدخل فى ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى عنه ابن زياد أن أقاربه من قبل أبيه وأمه يدخلون وقال أشهب كل ذى محرم من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم قرابة.

ولفظ الموالى: يشمل الذكور والإناث قال مالك ويدخل معهم موالى أبيه وموالى أمه وموالى الموالى قال عنه ابن وهب وأبناء الموالى يدخلون مع آبائهم وقال ابن القاسم فى العتبية لا يكون الحبس إلاَّ لمواليه الذين أعتق وأولادهم يدخلون مع آبائهم إلا أن يخصهم بالتسمية.

ولفظ القوم: يتناول الرجال من العصبة دون النساء قاله التونسى.

ولفظ إخوته: يتناول الذكور والإناث من أى جهة كانوا.

ولفظ العصبة: قال التونسى لا يدخل فى ذلك أحد من جهة الأم يدخل من كان بسبب الأب وإن بعد.

ولفظ الأعمام: لا يتناول أولادهم كما لا يدخل فى ولد ظهرى ولد الولد.

ولفظ بنى الأب: قال التونسى يتناول إخوته من أبيه وأمه وإخوته لأبيه ومن كان ذكرًا من أولادهم خاصة مع ذكور ولده.

ولفظ أطفال أهلى: يتناول من لم يبلغ الحلم والمحيض منهم. وكذلك لفظ صبيانهم وصغارهم.

ولفظ شبان أهلى وإخوانهم: يتناول من بلغ إلى أن يبلغ الأربعين.

ولفظ الكهول: يتناول من زاد على الأربعين إلى أن يبلغ الستين من الذكور والإناث.

ولفظ الشيوخ: يتناول من جاوز الستين من الذكور والإناث.

ولفظ الأرامل: قال التونسى يتناول الرجل الأرمل والمرأة الأرمل ويدل عليه قول الحطيئة:

هاذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

ولفظ السبيل: يتناول الجهاد وغيره وأما الألفاظ الراقعة فى الحبس فهى ثلاثة: لفظ حبس ووقف وصدقة وهى بمعنى واحد وإن كانت أحكامها تختلف فى بعض الصور.

فلفظ حبس: إذا وقع مبهما كقوله دارى حبس فلا خلاف أنها وقف مؤبد وتصرف فى الفقراء والمساكين فإن كان فى الموضع عرف توضع فيه الأحباس صرفت فيه عند مالك وعن ربيعة يسكنها قرابة المحبس فإن عين شخص فقال حبسا على فلان أو على أولاد فلان وسماهم وعينهم فقال مالك إن مات فلان رجع على أقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأحباس وإن لم تكن له قرابة رجع إلى الفقراء والمساكين ولا يرجع ملكًا وقال أيضًا يرجع بعد وفاة المحبس عليه ملكًا للمحبس أو لورثته كالعمرى ولو جعله فى وجه معين محصور ففى المذهب قولان أحدهما أنه يرجع بعد انقراض الوجه الذى جعله فيه ملكًا له فى حياته

ولورثته بعد وفاته والآخر أنه يبقى حبسًا على أقرب الناس بالمحبس إن جعله فى وجه معين غير محصور كقوله فى السبيل أو فى وقود مسجد كذا فحكمه حكم الحبس المبهم وإن جعله فى وجه محصور غير معين يتوقع انقراضه كقوله على بنى زيد فحكمه أيضًا حكم المبهم وإن جعله على غير معين غير محصور كقوله على أولادى وبعدهم على المساكين ولم يترك ولدا أو يئس منه فعند ابن القاسم يرجع ملكًا وعند عبد الملك ينفذ حبسًا على المساكين.

وأما لفظ وقف: فقال القاضى عياض الذى حكاه شيوخنا البغداديون أنه ينفذ حبسًا كان على معين أو مجهول محصورًا أو غير محصور وأنه لا يختلف فى ذلك وحكى غيرهم أنه لا فرق بين حبس ووقف وأنه يدخله من الاختلاف فى بعض الوجوه ما دخل لفظ حبس.

وأما لفظ صدقة: فإن عينها لشخص معين فهى له ملك وكذلك المجهول غير المحصور كالمساكين فيقسم عليهم فإن كانت لا تنقسم بيعت وقسم ثمنها أو أنفقت فيما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول ثم للناظر تعيين ذلك الوجه المجهول بالاجتهاد فى موضع الحكم ووقته إذ لا يلزم التعميم وإن جعلها على مجهولين محصورين يتوقع انقراضهم كقوله على فلان وولده فثلاثة فى المدونة هو حبس يريد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس قال ما عاشوا أو لم يقل وروى أشهب أنها ملك لآخر المحبس عليهم وقيل حكمها حكم العمرى ترجع للمحبس ملكًا.

تنبيه: جميع ما يرجع ميراثًا فهو لأقرب الناس بالمحبس يوم موته وكل ما يرجع حبسا فهو لأولاهم به يوم المرجع من ولد أو عصبة قيل لمحمد من هو الأقرب إلى المحبس الذى يرجع الحبس إليهم قال: قال مالك: هم العصبة ومن النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبة.

الفصل الثالث: فى تصرف الناظر فى المحبس وكيفية قسمه عليهم:

والمتولى للنظر فى الحبس من جعله المحبس بيده فإن أغفل ذلك المحبس قدم القاضى ويبدأ الناظر بإصلاح ما يحتاج إليه الحبس من غلته ثم يقسم ما بقى ولو شرط أن يبدأ بالقسمة بطل شرطه فإن كانت دارًا للسكنى قيل للساكن إما أصلحت وإلا فاخرج تكرى بما تصلح به والفرس المحبس على معين نفقته عليه إن أبى ردها

وإن كانت على غير معينين فنفقته فى بيت المال فإن تعذر بيع واشترى بثمنه ما لا يحتاج إلى نفقة كالسلاح ومنع ابن الماجشون البيع ورآه كالمساجد لا يوجد من ينفق عليها تبقى حتى تهلك والعبيد تحبس فى السبيل أو كانت لهم صنعة تراد للسبيل فكالخيل وإن كان المراد منهم الغلة أنفق عليهم منها واختلف فى نفقة المخدم هل تكون على سيده أو على المخدم على قولين ولو كان يخدمه نهاراً ويأوى إلى سيده بالليل فنفقته على سيده. وإذا حصل الربع بيد الناظر وقسمه فليفضل أهل الحاجة لأن النفقة والسكنى ليست على الرءوس وإنما يؤثر أهل الحاجة وكثرة العيال وأعظمهم فيها حقا أشدهم فاقة فما فضل بعد دفع حاجتهم رده على الأغنياء ويسكن كل واحد على قدر حاجته وليس الأعزب كالمتأهل والحاضر فى السكنى أولى من الغائب وهما فى الغلة سواء بل الغائب الفقير أولى من الحاضر الغنى ذلك على قدر الاجتهاد ولا يخرج أحد من مسكنه وإن كان ثم أحوج منه، قال فى المدونة ومن حبس داراً على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكنا لم يخرج له وليس عليه كراء فى حق من لم يسكن. قال ومن غاب مريدًا الإقامة استحق الحاضر مكانه وإن سافر ليرجع فهو على حقه قال فى الموازية وذلك إذا لم تكن سعة وسكن من هو أولى منه قال فيها أيضًا إن حبس على ولده أو ولد فلان أو آله أو آل فلان قال ابن القاسم فأما على قوم مسمين بأعيانهم ليس على التعقيب فإن جزء المسافر منهم ثابت فى السكنى قال محمد وغنيهم وفقيرهم سواء وله أن يكرى منابه وإن لم يكره وسكنه غيره أخرج منه إذا قدم. ابن شاس. ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو نخل فهم فيه بالسواء الذكر والأنثى والغنى والفقير وإذا علم مقصد المحبس فى الصرف لم يتعد.

الفصل الرابع: فى بيع الحبس وانتقاضه وقسمته والتعدى عليه وما يفضل من أحباس المساجد:

وإذا كان الحبس باقيًا على حاله لم يجز بيعه وفى بيعه ليزاد فى المحاج العظام التى هى ممر الجيوش وليوسع به مساجد للجماعات التى تضيق بأهلها وليوسع بها المقابر ففى المتيطية الجواز فى جميع ذلك وقاله ابن الماجشون وقيل لا يجوز ذلك إلا فى مسجد الرسول عليه السلام وقال ابن زرب لا يجوز ذلك إلاَّ فى المسجد

وقال أبو عمران إذا ضاق الجامع وحوله حبس للمساكين فلا يباع ليوسع به ولكن يكرى بمال الجامع فيكون النفع للجامع والملك لغيره وإن كان قد تغير وانقطعت منفعته فأما الدواب فقال مالك تباع ويجعل ثمنها فى غيره أو يعان بثمنه فى مثله وقال فى الثياب تباع ويشترى بها ثياب فإن لم يكن فى الثمن ما يشترى به فرق فى السبيل وقال أيضًا لا يباع ما حبس من عمد أو ثوب وأما الرباع إذا خربت فالمشهور فيها المنع وروى أبو الفرج الجواز. ابن الماجشون. ولا يباع زيت المسجد وإن كثر ليبتاع به حصير وغيرها. ابن عبد الغفور. ولا يجوز بيع قاعة المسجد الخرب ولا بأس ببيع نقضه إذا خيف عليها الفساد للضرورة ويوقف ثمنها إن رجيت عمارته وإلاَّ أعين به فى غيره أو تصرف النقض نفسها فى غيره وإذا أراد المحبس عليهم قسمة الوقف لم يكن لهم ذلك وإن أرادوا قسمة الاغتلال ففى الجواز والكراهة قولان وبالجواز جرى العمل أما فى الإشاعة من التعطيل والضرر ومن تعدى على حبس بقطع نخل أو هدم جدر غرم قيمة ما أفسد ثم إن كان الحبس فى السبيل أو فى الفقراء جعلت تلك القيمة فى مثل أفسد وعلى قول أشهب تصرف فيما هو أفضل وإن كان على معين ففى سقوط حقه فى الهالك أو يعود عنه فى تلك القيمة خلاف قال محمد فيمن أوصى له بغلة دار أو بسكناها فهدمها رجل فى حياة الموصى وهى تخرج من الثلث أن الهادم يغرم ما بين القيمتين فيورث عنه وتبقى العرصة للموصى له ولو هدمها بعد موته بنيت بتلك القيمة وكانت للموصى له وكذلك إن كانت حائطًا فقطع نخله أو شجره وفى كتاب الجنايات فيمن أوصى له بعبد فقتل لا شىء له من قيمته وعلى قول محمد هذا يشترى له بتلك القيمة مثله واختلف فى الفاضل من غلة أحباس المساجد فقال بعض أهل الشورى بقرطبة تصرف فى بقية سائر المساجد التى لا غلات لها بعد أن يعلم أنها لا تحتاج إلى ذلك وقال غيره قول ابن القاسم أنها لا تصرف لها وإنما يشترى بها أصول فتوقف عليها ويوسع من ذلك إليها فى جميع ما يحتاج إليها فى وقودها وحصرها وجميع آلاتها وقومتها وغير ذلك من ضروريتها وعليه أكثر الرواة وقال ابن الماجشون فى العتبية الأجناس كلها إذا كانت لله انتفع ببعضها فى بعض.

* * *

كتاب الهبات والصدقات

حقيقتهما: معلومة وهما نوعان تحت جنس العطية.

حكمهما: الندب.

حكمة مشروعيتهما: تزكية النفس وتطهيرها من داء البخل.

الأركان: أربعة: الصيغة، والواهب، والموهوب، والموهوب له.

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك العين بغير عوض نحو وهبت وتصدقت فإن أراد بالهبة الثواب سميت هبة ثواب وهى فى الحقيقة بيع ثم الهبة والصدقة يشترط فى تمامهما القبض لا فى لزومهما على المشهور.

الثانى: الواهب أو المتصدق:

يشترط فيه أهلية التبرع فلا ينفذ فى المحجور عليه لنفسه كالصبى، وقد قالوا فى صبية تصدقت على أبيها وأمها بصدقة ثم قالت بعد أن تزوجت بأعوام: لم أكن أعلم بأن ذلك يلزمنى؛ أنها تحلف ويكون ذلك لها، والمحجور عليه لحق غيره كالعبد والمريض والزوجة تقف هبته على رضاء من حجر عليه بسببه فيجيز أو يرد والحجر على المريض والزوجة فيما زاد على الثلث فإن كان الزوج عبدا فقال ابن وهب لا حجر عليها ولها أن تتصدق بجميع مالها وقال أصبغ هو كالحر ورواه ابن نافع.

الثالث: الموهوب والمتصدق به:

وهو كل متمول وإن كان مجهولاً أو عبدًا آبقًا أو مشاعًا.

الرابع: الموهوب له:

كل من يصح أن يملك فتصح للموجود والمعدوم والحر والعبد ويجوز للرجل أن يتصدق على عبده ومدبره ومكاتبه وأم ولده قال فى المتيطية يجوز أن يتصدق على أم ولده فى صحته وروى ابن وهب فى المبسوط أن مالكًا قال ذلك جائز إلاَّ أن يرى أن ذلك على وجه التوليج أو السرف فلا يجوز.

اللواحق

ويتم الغرض منها بذكر أربعة فصول:

الأول: فى الحيازة:

وكل عطية يفتقر تمامها إلى الحيازة إلا النحلة المقارنة لعقد النكاح على المشهور واختلف أيضًا فى الزيادة فى ثمن السلعة وفى الزيادة فى الصداق ويتعلق النظر بالحائز وكيفية الحيازة وما تثبت به ومما يبطلها أما الحائز فهو الموهوب له والمتصدق عليه والمحبس عليه إن كان رشيدًا أو وكيله فإن كان المحبس عليه غير معين كالمساجد لم يفتقر إلى حيازة بل إذا أخلى المحبس بينهما وبين الناس صح ولو قدم المحبس من يجوز للرشيد ويجرى الغلاة عليه جاز بخلاف الهبة والصدقة إلا أن يكون حينئذ غائبًا والمولى عليه يجوز له ولوليه فإن تصدق عليه أحد الوصيين حازها له الوصى الآخر وقيل ويجوز أن يحوزها هو له كالأب ولو تصدقت على الصغير أمه وجعلت له ذلك على غير يد الأب جاز ولم يجز للأب أخذه وكذلك غير الأم ولا تحوزه هى لولدها إلا أن تكون وصيا وقيل يصح ولو تصدق على ولده الكبير والصغير قبض الكبير سهمه وسهم أخيه بتوكيل الأب فإن لم يقبض الكبير حتى مات الأب فروى ابن القاسم أن الصدقة ترجع ميراثًا وكذلك الحبس وروى ابن نافع أن نصيب الصغير يصح ويبطل ما سواه ولو كان حبسًا بطل الجميع لأنه لا يملك ولا يقسم والصدقة تملك وتقسم وقد حازها للصغير من تجوز حيازته ولو حبس على ولده وعلى عقبه فحيازته للولد حيازة للعقب ولو جعل المرجع لأجنبى لم تكن حيازته له ولا حيازة الولد حيازة للأجنبى.

تنبيه: لا يشترط علم الواهب بالحيازة لأنه يجبر عليها وفى رضاء الموهوب له قولان وقال مطرف فيمن تصدق على ابنته بمسكن فخزن زوجها فيه طعامًا ثم مات الأب أن ذلك حيازة للابنة وقال أصبغ لا بد من توكيلها ورواه عن ابن القاسم.

وأما كيفية الحيازة: فأما الأراضى فما كان منها لا عمل فيه فيكفى فيه الإشهاد وما كان للزراعة وكانت الهبة فى غير إبانها فيكفى الإشهاد بالتسليم وتحديدها فى

كتاب الهبة قاله مطرف وقال اللخمى قول الموهوب له قبلت كاف وإن كانت فى الإبان فقال ابن القاسم إن لم يحرثها بطلت وقال ابن العطار جرت الفتيا أن التطوف على الأرض بمحضر البينة حيازة وتخلى المحبس عنها إلى المحبس عليه بمحضر البينة بالكلام حيازة تامة وإن لم تعاين عمله ولا نزوله فيها والدور وشبهها مما عليه غلق فيكفى فيها معاينة الإغلاق ولا يضره ترك السكنى فيه والعمارة ويكفى دفع مفاتحها إليه وتخليه عنها إلاَّ أن تكون الدار لسكنى الواهب فلا بد من معاينة الإخلاء ولو كانت الهبة لولده والإشهاد له بغيرها كلف والكيفية فيما عدا ذلك كالقبض فى البيع وقد سبق تقريره فى كتاب الرهن.

تنبيه: إذا كان الموهوب ببلد آخر مثل أن يتصدق على ابنه الحاضر بدار ببلد آخر فلم يقبضها حتى مات الأب فقال ابن القاسم إن كان الابن صغيرًا نفذت له وإن كان كبيرًا بطلت وإن لم يفرط وقال أشهب إذا لم يفرط فى الخروج ولعله تهيأ للخروج أو وكل نفذت وإن وكل بطلت رواه ابن القاسم أيضًا قال ابن القاسم وهو على التفريط حتى يثبت الاجتهاد وإن كان الموهوب له هو الغائب مثل أن يشترى الحاج لأهله أو لابنته هدايا ويحملها معه أو يبعث بها إليهم فيموت الباعث أو المبعوث له قبل وصولها إليهم فإن أشهد بذلك فهى للمبعوث له وإن لم يشهد فقال فى المدونة من مات منهما فهى لورثة المعطى ولا حق للمبعوث له لأن عدم القبول يفسد الهبة وفى الواضحة إن مات المعطى بطلت ورجعت إلى ورثته وإن مات المبعوث له رجعت لورثته وصفة الإشهاد القائم مقام الحيازة فى ذلك أن يقول أشهدوا علىَّ قال أشهب ولا يكفى أن يقول ذلك للعدول حتى يشهدهم وحيازة المغصوب فيه قولان قال أشهب قبض الغاصب حيازة وقال ابن القاسم ليس بحيازة قال أشهب ويكفى فى حيازة المستأجر والمرهون الإشهاد والقبول وفى المنتقى قول الموهوب له قبلت حيازة يريد فى العارية والوديعة والإجارة يريد إذا كانت بيد الموهوب له وإن كانت بغير ذلك البلد وأما إن كانت بيد غيره فأحرى هذه الثلاث فقال أشهب ذلك نافذ إذا أشهد وقال ابن القاسم لا تكون حيازة المرتهن والمستأجر حيازة إلاَّ أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة وحيازة المستعير والمخدم حيازة للموهوب له قال التونسى رأى ابن القاسم أن قبضهما حيازة ولم يشترط علمهما

بذلك كما شرط فى المودع لأنهما حازا الرقاب لأنفسهما وحيازة الابن بالطلب قال ابن الماجشون إذا طلبه الموهوب له فلم يجده إلاَّ بعد موت الواهب فهو له.

وأما ما تثبت به الحيازة: فتثبت بشاهدين وبالشاهد واليمين.

وأما ما يبطلها فثلاثة:

الأول: تراخى القبض إلى المرض أو الفلس إلاَّ أن يكون رشده حينئذ فقبضه فى مرض موته فلا يبطل فإن منعه مانع من الحيازة فإن كان مساويًا مثل أن يموت الواهب أثر الإيجاب والقبول فقال مالك مرة إذا لم يفرط فى القبض فهى له من رأس المال وقال مرة تسقط وإن كان من أجنبى كقيام المديان وكان دينه سابقًا فواضح وإن كان لاحقا وبعد أن حيزت الهبة فهى نافذة وإن كان متوسطًا ففى المنتقى إن استدان بعد العطية وقبل الحيازة فقال مطرف وابن الماجشون الدين أولى وقال أصبغ الصدقة أولى وإن وقع شك فى المتقدم فإن كانت على كبير وقد حازها أو على صغير وكان الأب قد قدم من يحوزها له فحازها فهو أولى وإن بقيت بيد الأب فالدين أولى ولا حجة له بحيازة الأب قاله فى المدونة وقال أصبغ وسحنون على الغريم أن دينه متقدم لأن حوز الأب للصغير حوز وقاله مطرف وابن الماجشون.

تنبيه: إنما يكون تقدم الدين مبطلا إذا لم يكن له مال إلا ذلك فأما إن كان له مال حينئذ فلا سبيل إلى النقض وعلى الغريم البينة أنه حين حبس أو تصدق ولا وفاء عنده فيما يرون فإن أثبتوا ذلك نقض وإن كان من الواهب فله صورتان:

الأولى: أن ينكر الواهب الهبة ويقوم للموهوب له شهيدان فمات الواهب وهو ساع فى تزكيتهما غير متهاون فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ الهبة صحيحة وذلك حوز وقال ابن الماجشون ليس ذلك بحوز وقد بطلت.

الثانية: أن يعقد فيها عقدًا يمنعه من القبض كالبيع والعتق والهبة والرهن فأما البيع فقال فى المدونة إن علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها فالبيع نافذ والثمن للمتصدق وإن لم يعلم فالبيع مردود ما دام المتصدق حيا فإن مات قبل أن يعلم فالبيع ماض ولا شىء له وأما العتق وفى معناه الاستيلاد وقال ابن القاسم هو أولى وقال ابن وهب الموهوب له أولى ويرد العتق وله القيمة فى الأمة إذا حملت. وأما الهبة فقال ابن القاسم هى للأول وإن حازها الثانى وقال ابن المواز

الحائز أولى. وأما الرهن فقال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه شيئًا ثم رهنه فمات صح الحبس وبطل الرهن.

الثانى: تعمير الأب ما حبسه على بنيه الصغار لنفسه وإدخال غلته فى مصالحه إلى أن مات وذلك يبطل الحبس على القول المشهور المعمول به حكاه فى المتيطية.

الثالث: رجوع الحبس أو الهبة أو الصدقة إلى يد ربها وذلك مبطل إذا لم يحز عنه حتى مات وهذا إذا رجعت الدار المحبسة إليه على وجه السكنى وأما لو خاف الواهب واختفى فيها عند الموهوب له أو يضيفه فيها فيمرض فيها فيموت لم تبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن الماجشون ومطرف ولو كان ذلك بعد يوم من الحيازة.

الفصل الثانى: فى الاعتصار واشتراء المعطى عطيته:

والاعتصار معناه الاسترجاع وذلك للأب فى الهبة إذا لم يقل: إنها مخلصة لله تعالى وإن قال ذلك فهى كالصدقة لا تعتصر وللأم عند مالك أن تعتصر وبه قال ابن القاسم وقال ابن الماجشون إن حازها الأب لم تعتصر وكذلك إن لم يكن له أب ولم يكن فى ولايتها وفى تنزيل الجد والجدة منزلة الأب روايتان لابن وهب وأشهب وإذا قلنا للأم أن تعتصر فإنها لا تعتصر من يتيم وقال أشهب تعتصر إن كان غنيا كما تعتصر من الكبير قال الباجى وتعتصر من الكبير الذى لا أب له لأنه خرج عن حد اليتيم ومعنى ذلك إذا لم يكن يتيما وقت الهبة.

والصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرته ورددت قال بعض أهل الشورى بقرطبة ومن وهب ولده الصغير هبة وسلط عليها حكم الاعتصار ثم باعها باسم نفسه ومات فالثمن للولد وليس بيعه باسم نفسه اعتصارا فلا يجوز اعتصارها بعد البيع ولا يكون اعتصار الأبوين إلاَّ بالإشهاد.

موانع الاعتصار سبعة:

الأول: موت الأب وذلك يمنع اعتصار الأم، وقال اللخمى: لها أن تعتصر لأنها لم تعط على وجه الصدقة وفى الموازية لا تعتصر والأول أحسن.

الثانى: المداينة قال مالك فى الموطأ للأب أن يعتصر ما لم يحدث الابن دينا لأجل ذلك.

الثالث: زواج الأنثى لأجلها وكذلك الذكر قاله مالك.

الرابع: مرض الابن أو الأب وروى أشهب أن مرض الأب غير مانع.

تنبيه: إذا ارتفع مانع الدين بالأداء ومانع النكاح بالطلاق لم يعد الاعتصار وفى ارتفاع مانع المرض قولان.

الخامس: تغير الهبة فى عينها بزيادة أو نقصان عند أصبغ وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون ليس ذلك بمانع كما لو تغيرت قيمتها.

السادس: وطء الولد الجارية وهو مانع إذا حملت بلا خلاف وإن لم تحمل فقولان.

السابع: تلف العين الموهوبة قال القاضى أبو محمد وما يكال أو يوزن إذا خلطه الابن بمثله مانع والرجوع فى الهبة بالبيع والهبة يصح بخلاف الصدقة حكاه ابن رشد وحكى القاضى أبو محمد الكراهة. قال مالك لا يشترى الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره للنهى الوارد فى ذلك ومحمله على التنزيه على المشهور لا على التحريم وقال الداودى هو حرام وعليهما الخلاف فى فسخه إذا وقع وفى شراء الأب ما يتصدق به على ابنه الجواز والكراهة وهو ظاهر المدونة إلاَّ للضرورة مثل أن تكون أمة فيحتاج الأب إليها وفى دخول الصدقة الواجبة تحت النهى خلاف.

الفصل الثالث: فى دعوى الهبة:

وإذا ادعى رجل على أحد أنه وهبه شيئًا فأنكر فإن ادعى أنه وهب ماله قبله من دين فالظاهر من المذهب أنه لا يحكم عليه إلا بعد أن يحلف أنه ما وهبه له كما لو ادعى القضاء وإن كان المدعى هبته معينا فالظاهر من المذهب أنه لا يمين له عليه لأن الحقوق اللازمة لا تجب اليمين بدعواها إلا بسبب قوى فكيف بالهبة لأنها ضعيفة لافتقارها إلى الحيازة واختلاف الناس فى لزومها بالقول وفى الجلاب أنه يحلف فإن نكل حلف المدعى وأخذ وإن ادعى أن الهبة للثواب فالقول قول الموهوب له لأنه مقر مدع وقيل قول الواهب.

الفصل الرابع: فى ثواب الهبة:

قد تقدم أن هبة الثواب بيع من البيوع وكل شىء يجوز أن يوهب للثواب خلا العين فإن شرط فيها الثواب ردت على المشهور وعن ابن القاسم إن اشترطه فيكون

له ذلك عرضًا أو طعامًا وأجاز فى المدونة ذلك فى الحلى وقال ابن المواز لا يجوز بحال وإن كان الثمن معلومًا عند التصريح باشتراطها فواضح وإن كان غير معلوم ففى الصحة والمنع قولان كابن القاسم وابن الماجشون وهى لازمة للواهب فإذا أثابه قيمتها فلا سبيل له إليها قال محمد وليس له منعه من قبضها ولا من بيعها وقال أشهب له منعه حتى يثيبه والمعروف أن الموهوب له بالخيار بعد القبض بين الرد والإمساك وروى ابن الماجشون أنها تلزمه بالقبض بالقيمة ثم الذى يلزم قبوله باتفاق الدنانير والدراهم وروى أشهب انحصاره فيهما إلا أن يتراضيا على غيرهما وروى سحنون أن كل ما يتمول يصح أن يكون ثوابًا ويلزم الواهب قبوله إن كان فيه الوفاء بالقيمة ووافقه ابن القاسم فى عدم الإنجاز فى العين إلا أنه استثنى ما لا يثاب به فى العادة كالحطب والتبن وشبههما.

تنبيه: إذا عرى العقد من ذكر الثواب وطلب الواهب الثواب نظر فى ذلك إلى ما يقتضيه العرف بالنسبة إلى الواهب والموهوب له والموهوب والزمان وما ذكره الناس فى ذلك راجع إلى هذه القاعدة فلا نطول بذكر ذلك ثم حيث حكمنا بعدم الثواب فأثاب جهلاً أو أثاب من صدقة فقال مالك يرجع فى ثوابه إن كان قائمًا ولا شىء له إن فات قال ابن القاسم وإن أثابه بدنانير أو دراهم فقال أنفقتها وتلف حلف وبرئ.

تنبيه: إن أهدى إليه فى عرسه ثم لما طلبه بالثواب قال لا حتى تحدث عرسا وهو شأن الناس فله الرجوع بقيمة هديته معجلا.

* * *

كتاب اللقطة

وهى بضم اللام وفتح القاف ما التقط وأصل اللقطة وجود الشىء.

حقيقتها: أخذ مال معصوم معرض للضياع فى عامر أو غامر.

حكمها: يختلف فإن كانت بين أقوام مأمونين والإمام غير عدل فهو مخير وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام عدل وجب أخذها قولاً واحداً وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام عدل فثلاثة الأفضل الترك وعكسه والتفرقة فإن كانت مما له بال فالأصل الأخذ قال ابن رشد وهذا الخلاف عندى فيما لقطه الحاج للنهى الوارد عنها وقال ابن القصار هى كغيرها.

حكمة مشروعيتها: لأجل إحياء النفس فى اللقيط وحفظ المال على أربابه.

أركانها: ثلاثة: الملتَقِط والملتَقَط والتعريف.

الأول: الملتقِط:

يشترط فى جواز إقدامه عليها أن يكون مأمونًا.

الثانى: الملتقَط:

حيوان وعروض ومثليات الحيوان أصناف. الرقيق فإن عرف أنه لأحد ممن يعرف فى المدونة أحب إلى أن يأخذه وإلا فلا يقربه. الإبل قال مالك لا يعرض لها فإن أخذها عرفها فإن لم تعرف ردها حيث وجدها. وقال أيضًا فيمن وجد بعيراً ضالا يأتى به الإمام يبيعه ويجعل ثمنه فى بيت المال. الغنم إن وجدها على بعد وهو وحده أو مع من لا حاجة له بشرائها فله أن يأكلها ولا ضمان عليه فيها وإن نقله الحاضرة عرفها وإن كان معه من يشتريها باعها ووقف ثمنها فإن أكلها ضمنها وإن تصدق بها ففى ضمانه قولان وإن وجدها بقرب قرية ضمها إليها وعرفها فيها فإن لم يفعل وأكلها ثم تبين أنها لأهل ذلك الموضع ضمنها وإن تبين أنها لغيرهم ففى الضمان قولان. البقر وفى إلحاقها بالإبل إذا كانت فى موضع لا يخاف عليها فيه أو بالغنم قولان. الدواب ظاهر قول ابن القاسم أنها تلتقط. وقال أشهب وابن كنانة لا تلتقط وتلحق بالإبل إن أمن عليها من الجوع والعطش والسباع والناس فإن

وجدت فى العمران فرفعها للإمام أفضل. العروض قال فى الموازية فيمن وجد متاعًا بفلاة فحمله إلى بلد فجاء ربه فله أخذه بعد كراء حمله وكذلك إذا طرحت الأمتعة خوف الغرق. ذوات الأمثال أما العين وشبهه مما يغاب عليه فيباح التقاطه لحفظه على ربه ولا يجوز أخذه لنفسه لأنه لا يسرع إليه الفساد وأما الطعام فله أن يلتقطه أيضًا وما يفعله به مذكور فيما بعد.

الركن الثالث: التعريف:

ومقداره سنة بعد الالتقاط فيما له بال فى مجمع الناس ودبر الصلوات على أبواب المساجد وما كان من المال لا قدر له ويعلم بالعادة أن ربه لا يتبعه لقلته لم يعرف وما كان قليلاً له قدر ومنفعة عرف. ابن وهب. ولا تحد الأيام بحد معين بل بما يظن أن مثله يطلب فيها وهذا كالمخلاة والحبل والدلو وما يفسد من الطعام فإن كان فى غير عمارة أكله ولم يضمنه إلاَّ أن يكون فى رفقة فيلحق بما فى الحاضرة وإذا وجده فى الحاضرة قال مالك يتصدق به أحب إلى وإن أكله فلا شىء عليه ثم إذا حصل التعريف فإن لم يأت أحد خير واجدها بين أن يدفعها إلى القاضى أو يتملكها أو يحبسها لربها أو يتصدق بها فإن جاء ربها غرمها له إن لم يرض بثواب الصدقة وإن شاء أن يبيعها ويحبس ثمنها لربها فعل وبيعه ماض فإن كان عبدا آبقا فليس له أن يبيعه وليدفعه إلى القاضى فإذا أقر بالرق أو علم أنه عبد سجنه سنة من يوم الرفع وينفق عليه من بيت المال أو من عنده ويرجع بذلك على سيده إن جاء وإلاَّ فمن ثمنه فإن انقضت السنة ولم يأت ربه باعه وإن جاء معترفًا فإن أتى بالشهادة فواضح وإن أتى بالصفة ففى الصحيح إن جاء كعفاصها ووكائها وإلاَّ فاستبقها والعفاص هو الوعاء والوكاء هو الذى يشد به وقيل العكس. وفى اعتبار معرفة العدد إن كانت دنانير أو دراهم قولان لابن القاسم وأصبغ وسبب الخلاف ذكر ذلك فى حديث والإضراب عنه فى آخر فإن أخطأ بعض الصفات وعرف بعضها فقال ابن عبد الحكم إن أخطأ عشر الصفات لم يأخذها إلاَّ أن يذكر عددًا فيوجد أقل منه وقال أشهب إن عرف وصفين وأخطأ الثالث أخذها وقال أصبغ إن عرف العفاص وحده فليستبرئ فإن جاء أحد وإلا دفعت له. ثم إذا جاء بالصفة ففى تحليفه قولان واستحسن اللخمى تحليفه قال فإن نكل دفعت له وإذا

عرف رجل عفاصها ووكاءها وعرف آخر عددها أو وزنها فقال أصبغ هى لمن عرف العفاص والوكاء. واستحسن أن تقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء ويتحالفان فإن نكل أحدهما دفعت إلى الحالف. وإذا وصفها رجل فدفعت له ثم ظهر واصف آخر لم يكن له شيء فإن أتى بالبينة كان أحق بها.

تنبيه: يد الملتقط يد أمانة إلا أن يقصد الاختزان فيضمن وإذا نوى التملك بعد التعريف أو تصدق بها ضمنها وإن أخذها ليعرفها ثم ردها ضمنها.

اللقيط

هو الصبى الموجود وأخذه واجب على الكفاية إجماعا وشرط الملتقط أن يكون مسلما فينزع من الذمى لئلا يربيه على دينه أو يطول الأمد فيسترقه وليس لمن التقطه أن يرده فإن عجز سلمه إلى القاضى وهو محمول على الإسلام إن وجد فى قرى المسلمين وإن وجد فى قرى المشركين فهو على الشرك وقال أشهب إن التقطه مسلم فهو مسلم ولو التقطه بقرية ليس بها إلا مسلمان أو ثلاثة فهو مشرك فلا يتعرض له إلا أن يكون واجده مسلمًا فيجعله على دينه وقال أشهب حكمه فى هذه الصورة أيضًا الإسلام التقطه مسلم أو ذمى ولا خلاف أنه حر ولا يرق إلا ببينة ونسبه مجهول فإن استلحقه واجده أو غيره وأتى ببينة أو كان لدعواه وجه مثل أن يزعم أنه إنما رماه لما سمع أن من طرح عاش وقال أشهب يلحق بمجرد الدعوى ما لم يتبين كذبه قال التونسى وهو المختار ونفقته غير لازمة للملتقط فإن وجد معه مال فهو له وينفق عليه منه فإن لم يكن له مال فمما وقف على اللقطاء فإن لم يكن فمن بيت المال وإلا فنفقته على ملتقطه حتى يستغنى بالبلوغ.

* * *

كتاب الحجر

حقيقته: لغة: المنع، وشرعًا: المنع من التصرف فى المال.

حكمه: واجب لغيره لأنه سبب لحفظ مال المحجور عليه وصيانته عن التبذير وهو الحكمة فى مشروعيته.

ركناه: الحاجر والمحجور عليه.

الأول: الحاجر: وهو السيد فى عبده والأب والقاضى.

الثانى: المحجور عليه: وللأب أن يحجر على ولده المعتوه وعلى الصغير فى الحياة وبعد الممات لأن له أن يوصى عليه وعلى أبكار بناته وقيل إلا المعنس فإذا بلغ الذكر ومضى له من وقت بلوغه أزيد من عامين لم يكن له أن يرده إلى الحجر حتى يثبت سفهه عند القاضى فيكون الحجر حينئذ للقاضى لا له وله أن يحجر عليه بقرب بلوغه، قال ابن العطار: هو على السفه إلى عام وقال الباجى إلى عامين وله أن يحجر على ابنته وإن دخل بها الزوج ما لم تبلغ الحد الذى تخرج به من الولاية وهو مذكور فيما بعد وللقاضى أن يحجر على الصغير والسفيه بعد ثبوت الموجب وهو المبذر لماله الذى لا يحسن النظر لنفسه وإن كان صالحًا ويحجر على المثمر لماله إذا كان يستعين به على الفسوق. ورأى اللخمى أن يحجر على المثمر لماله الذى يصرفه فى الشهوات واختلف فى الحجر على الذى يخدع فى البيوع.

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: فى حكم أفعاله:

وما كان من أفعاله سداد أمضى وما كان غير سداد رده وليه وأفعاله أربعة أقسام قسم يقف على نظر الولى وهو ما كان فيه معاوضة فإن لم يكن له ولى قدم

القاضى من ينظر عليه فيه فإن لم يفعل حتى ملك رده كان بالخيار فى رده وإجازته فإن رد بيعه أو ابتياعه وكان قد أتلف الثمن أو السلعة لم يتبع بشىء. واختلف إذا أدخل الثمن فيما لا بد له منه. وقسم لا يمضى وإن أجازه الولى وهو العتق والهبة والصدقة فإن لم يعلم بذلك حتى مات ففى رده قولان. وقسم يمضى وإن رده الولى وهو ما لا يدخل تحت الحجر كالطلاق واستلحاق الولد والإقرار بموجب العقوبة والوصية وقبوله لها ويعقل مع العاقلة ويلزمه ما أتلف وعفوه عن دمه عمداً كان أو خطأ وتصح مخاصمته فى حقوقه وأن يوكل على ذلك ويحلف ليستحق وقسم يختلف فيه كحيازته لنفسه ولغيره وكعفوه عن عرضه وجراحاته إذا كانت عمداً وقد أجاز ابن القاسم عفوه عن ذلك ومنعه ابن كنانة وكعتقه أم ولده أجازه ابن القاسم ورده المغيرة.

الفصل الثانى: فيما يخرج من الحجر:

أما إن لم يدخل فى ولاية فيزول حجره بزوال المقتضى لذلك فيزول عن المجنون بعد بلوغه بنفس إفاقته فإن كان جنونه بعد البلوغ لم يدفع ماله إليه إلاَّ بثبوت رشده ويزول عن الصبى ببلوغه وظهور رشده فإن كان معلوم السفه لم يخرج وإن جهل حاله فقال ابن القاسم لا يخرج حتى يشهد برشده وروى ابن زياد أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه وتقدم قول ابن العطار باعتبار العام بعد بلوغه وقول غيره باعتبار العامين ويعتبر فى الأنثى بلوغها مع ما يدل على رشدها ولا تخرج بمجرد البلوغ على المشهور فإن بقيت عند أبيها إلى حد التعنيس فقال ابن القاسم فى المدونة لا يجوز من أفعالها شىء فلم ير التعنيس دليلا وروى ابن زياد أن أفعالها جائزة وروى أنها جائزة بإجازة الأب واختلف فى حد التعنيس فقيل الأربعون وقيل الخمسون فإن تزوجت فقال مطرف تخرج بمضى العام وقال ابن نافع بمضى العامين وقيل بمضى السبعة وبه جرى العمل قاله ابن رشد قال ويعزى لابن القاسم والمشهور أنها فى ولاية أبيها حتى يشهد برشدها وقيل تخرج بمضى خمسة أعوام، واليتيمة المهملة قال ابن رشد أفعالها جائزة بعد البلوغ وقيل بعد مضى العام وقيل العامين وقيل الثلاثة وقيل حتى يشهد بصلاح حالها وقيل إذا عنست خرجت وإن لم تتزوج والمشهور أن أفعالها جائزة إذا عنست أو مضى لها بعد

الدخول عام وبه العمل واختلف فى حد تعنيس هذه فروى مطرف الأربعون ورواه أصبغ عن ابن القاسم وروى عنه سحنون من الخمسين إلى الستين وقال ابن الماجشون الثلاثون وقال ابن نافع دونها وأما من لزمته الولاية فلا يخرج منها إلاَّ بالإطلاق وبه جرى العمل وبه الحكم وذلك للأب والوصى والقاضى بعد ثبوت الموجب وفى مقدمه خلاف والمشهور أن له ذلك حكاه المازرى وحكى فيه عكسه والعمل اليوم أن ذلك للقاضى لا له.

* * *

obeikandl.com

كتاب الأقضية

حقيقة القضاء: إخبار على حكم شرعى على طريق الإلزام.

حكمة مشروعيته: حفظ النظام ورفع الضرر العام.

أركانه: ستة: القاضى، والمقضى له، والمقضى به، والمقضى فيه، والمقضى عليه، وكيفية القضاء.

الأول: القاضى:

وشروط صحة التولية أن يكون ذكرًا حرًا عاقلاً بالغًا عدلاً عالمًا مجتهدًا وشروط الكمال أن يكون غنيًا ورعًا ليس بمديان ولا محتاج بلديًا معروف النسب ليس بولد الزنى ولا ولد لعان جزلا فطنا نافذا غير مخدوع ولا محدود ذا نزاهة حليمًا عن الخصوم مستخفًا بالأئمة يدير الحق على من دار عليه مستشيرًا لأهل العلم ذا رحمة ونصيحة كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل عالمًا بما لا بد منه من العربية واختلاف معانى العبارات عالمًا بالشروط بعيدًا عن السهو غير زائد فى الدهاء. وأما كونه سميعًا بصيرًا متكلمًا فغير شرط وولاية من ليس كذلك منعقدة لكن يجب عزله. قال مالك ولا أعلم أن صفات القضاء تجتمع اليوم فى أحد فإن اجتمع منها خصلتان العلم والورع كان واليا. ابن حبيب. فإن لم يكن علم فالعقل والورع فبالورع يقف وبالعقل يسأل.

الثانى: المقضى له:

من تجوز شهادته له وفى قضائه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة يفرق فى الثالث فلا تجوز للزوجة ولا لولده الصغير ولا ليتيمه الذى يلى ماله وتجوز لغيرهم والرابع التفرقة فإن قال ثبت عندى لم يجز وإن حضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة جاز إلا لزوجه وولده الصغير ويتيمه ويجوز أن يحكم بين أهل الذمة إذا تظالموا وترافعوا إلينا ورضوا بحكمنا قال ابن القاسم فى العتبية ولا يحكم بينهم إلا برضاء أساقفتهم وقال غيره ذلك غير لازم لأنه عليه الصلاة والسلام رجم اليهوديين ولم يأت فى الخبر أن ذلك برضاء أساقفتهم.

الثالث: المقضى به:

وهو الكتاب والسنة وأقضية الصحابة رضى الله عنهم ثم بإجماع غيرهم ثم باجتهاده ويشاور من يثق به من أهل العلم فيمضى بما أفتوه به إذا وافق رأيه فإن أشكل الأمر وقف ولا بأس أن يأمر بالصلح ولا يأمر به إذا تبين له وجه الحكم إلا أن يرى لذلك وجها.

الرابع: المقضى فيه:

وهو جميع الحقوق وغيره من الأحكام مقصور على ما قدم عليه.

الخامس: المقضى عليه:

وهو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممن يلزمه إقراره وإما بالشهادة بعد الإعذار والعجز عن المدفع وبعد يمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو على غائب.

الركن السادس: فى كيفية القضاء:

ومعرفته بمعرفة الدعوى والجواب واليمين والنكول والبينة، وليس للقاضى أن يحكم بعلمه إلا فى التعديل والتجريح، ويقبل قوله إذا قال شهد عندى شهود فى وجه كذا، أو أنه أعذر إلى فلان فى كذا، أو أنه أجله وانقضى الأجل ولم يأت بشىء وأنه أعجزه، وفى حكمه فيما أقر الخصمان به بين يديه خلاف فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه فى ذلك، وقال عبد الملك: يحكم، وعليه قضاة المدينة، ولا أعلم أن مالكًا قال غيره، وبه قال مطرف وأصبغ وسحنون، والأول هو المشهور.

• الدعوى:

ويشترط أن تكون محققة فلو قال لى عليه شىء لم يقبل وكذلك لو قال أظن أن لى عليه شيئًا والمدعى من تجرد قوله عن مصدق. والمدعى عليه من اقترن قوله بمصدق أصلا أو عرفا فإن اقترن قول كل واحد منهما بمصدق مثل أن تدعى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها فتعارض هنا أصل وغالب فالأصل عدم النفقة والغالب النفقة فقدم الشافعى قول المرأة عملا بالأصل وقدم مالك قول الرجل عملا بالغالب. ثم الدعوى إما أن تكون على حاضر أو ميت أو غائب فإن

كانت على حاضر فلا يخلو إما أن يكون سفيهًا أو رشيدًا فإن كان سفيهًا بالغا أو صبيا وكانت الدعوى مما لو ثبتت بالبينة قضى عليهما بها فى أموالهما كلف إقامة البينة بذلك وإلا أمره بالكف عنهما والذى يقضى به فى أموالهما الاستهلاك والغصب والاختلاس والنهب والجراح والقتل عمدًا أو خطأ بخلاف ما كان عن طوع من القائم كالمناولة والبيع والابتياع والسلف. واختلف فى الوصى يدفع مالا للسفيه يتجر به ليجرب به رشده فيلحقه فيه دين فقيل يلزمه فيما أذن فيه خاصة وقال ابن القاسم فى المدونة لا يلزمه شىء لأنه لم يخرج بذلك عن الولاية قال ولو دفع له ذلك أجنبى يتجر به لكان ذلك الدين فيما دفع له خاصة. وإذا فرعنا على القول باللزوم فيما بيده سمع القاضى البينة على بيعه فإن شهدت بمعاينة ذلك أنفذه وإن شهدت على إقراره لم يلزمه شيئًا إلاَّ أن يشهدوا بأن إقراره كان فى مجلس التبائع فيجوز ويعذر فى ذلك إلى الوصى ثم يعدى رب الدين على ما فى يد السفيه. وإذا ادعى على عبد ما يوجب قصاصًا طلب الجواب من العبد فإن أقر وكان مأذونا فكالحر وإلاَّ وقف إقراره على سيده فيجيزه أو يرده فإن عتق قبل أن يعلم ما عند سيده لزمه وإن كان رشيدًا ألزمه القاضى الجواب إلاَّ أن يشهد العرف ببطلان دعواه مثل أن يدعى دارًا بيد حائز لها يتصرف فيها بمحضر المدعى مدة طويلة ولا مانع يمنعه من القيام ولا قرابة بينه وبينه ولا شركة ففى مثل هذا لا تسمع الدعوى ولا يمكن من إقامة البينة وما عدا ذلك فيسمع القاضى الدعوى ويأمر المدعى عليه بالجواب.

• الجواب:

إما إقرار أو إنكار أو امتناع فإذا أقر وشهد عند القاضى بإقراره فى المجلس فقال ابن العطار يقضى عليه بغير إعذار وبه العمل وقال غيره لا يقضى عليه إلا بعد الإعذار ثم يأمره بإنصاف غريمه فإن ادعى القضاء وقد تقدم منه إنكار لم تسمع دعواه ولو أتى بالبينة لأنه أكذبها قاله ابن القاسم وبه العمل وإن لم يتقدم منه إنكار حلف له وإن ادعى أن له بينة حاضرة أجل فى إحضارها بقية يومه ويؤجله فى الغائبة بقدر ما يراه بعد رهن أو حميل فإن لم يأت بذلك وطلب الغريم سجنه سجنه ولو أتى بالبينة بعد قوله لا بينة لى وقد كان استحلفه لم تسمع بينته على

الرواية المشهورة ولو كان خصامه مع الوكيل فقال موكلك أبرأنى فقال ابن كنانة يحلف الوكيل ما علم ببراءته ويأخذ إلا أن يكون موكله قريبًا فيكتب إليه فيحلف وقال ابن القاسم لا يحلف الوكيل وينتظر صاحب الحق ولو أجاب إلى أداء الحق لكنه إن سأل النظرة أنظره القاضى بقدر ما يراه وقيل ذلك إلى صاحب الحق وإن ادعى العدم وليس عنده غير الأصول أجله فى إثبات ذلك بقدر ما يراه فإذا أثبت ذلك أعذر فيه إلى الطالب فإن سلمه أو عجز عن الدفع حلفه وسرحه وأجله فى بيع الأصول نحوًا من شهرين وأخذ منه حميلاً بالمال ثم يأمره بعد الأجل بالبيع فإن أبى ضيق عليه بالسجن والضرب وأما الإنكار فيشترط أن يكون صريحًا فلا يقبل منه أن يقول ما أظن أن له عندى شيئًا ولو قال لا حق له عندى فقال ابن القاسم لا يسمع منه ذلك وقال مطرف وابن الماجشون يسمع ثم إذا أنكر فإن أتى الطالب بالبينة أعذر فيها للمطلوب فإن سلمها أو ادعى مدفعا وعجز عن إثباته أمره بالإنصاف وإن لم تكن بينة أحلفه بعد ثبوت الخلطة. وأما إن امتنع من الجواب أو قال للقاضى لا أحاكمه عندك فيجبر على الجواب بالسجن والضرب فإن كانت الدعوى على ميت فلا يسمعها القاضى إلا بعد ثبوت الموت والوراثة وإن أقر الوارث الرشيد بثبوتها لم يفتقر إلى ثبوتها فإذا ثبت وأثبت الدين بالشهادة عنده أعذر فيه إلى الوارث ثم حلف يمين القضاء ولو كان الورثة كلهم كبارًا رشداء ولم يدعوا الدفع لا من الميت ولا منهم ففى كتاب ابن شعبان لا تلزمه يمين وظاهر ما فى النوادر خلافه وقال بعض الشيوخ لا بد من اليمين لاحتمال طروء وارث أو دين وإن كانت على غائب وكانت غيبته بالبلد فقال سحنون لا تسمع البينة إلا بحضوره إلا أن يتوارى أو يتعذر فيقضى عليه كالغائب وإن كان بغير البلد وكان قريبًا كاليومين والثلاثة والطريق مأمونة أعذر إليه فى الدين بعد ثبوته فإما قدم أو وكل فإن لم يصل بيعت عليه أصوله ويحكم عليه أيضًا فى استحقاق الأصول والحيوان والعروض وجميع الأشياء من طلاق وغيره ولا ترجى له حجة وإن كانت غيبته متوسطة كالعشرة أيام حكم عليه فيما عدا الأصول من غير إعذار وترجى له الحجة وإن كانت غيبته بعيدة جدا كالأندلس وطنجة أو كان مفقودًا حكم عليه فى الأصول وغيرها وترجى له الحجة.

• اليمين:

تكون تارة لرفع الدعوى كالمدعى عليه بمال فينكره وتارة لتصحيحها كاليمين مع الشاهد وتارة لانتفائها كالحالف على نفى حق ثبت لصغير بشاهد وتارة ليتم الحكم كيمين الاستبراء. صفتها معلومة ويحلف فى ربع دينار فأكثر فى المسجد حيث يعظم وتخرج المخدرة حرة أو أمة إلى المسجد ليلا إن كانت لا تخرج نهاراً وتحلف فى اليسير فى بيتها. وفى الطرر إن كانت تخرج بالنهار إلى الحمام أو إلى غيره فإنها تحلف فى النهار وإن خرجت منكرة ويحلف المريض فى بيته إن كان لا يحمل الخروج ويحلف اليهودى والنصرانى فى الكنيسة حيث يعظم ابن القاسم وليس على الحالف أن يستقبل القبلة. وقال مطرف وابن الماجشون يحلف قائمًا مستقبلاً إلا فى أقل من ربع دينار فيحلف فى مكانه جالسًا والمرأة فى بيتها جالسة. ابن كنانة. ويتحرى فى الدماء واللعان والمال العظيم الساعات التى يحضرها الناس فى المساجد وما سوى ذلك ففى كل زمان. اللخمى. لا يحلف فى الأيمان بغير موضعه إلا فى القسامة قال مالك يحلف إلى مكة والمدينة وبيت المقدس وأما غيرها ففى موضعه إلا أن يكون قريبًا من المصر عشرة أميال أو نحوها. وقال أبو مصعب يحلف إلى الأمصار من كان على ثلاثة أميال أو نحوها وهو أحسن وأحوط وشرط توجهها ثبوت الخلطة إن كانت الدعوى يقبل فيها الشاهد واليمين فأما ما لا يقبل فيها إلا شاهدان فلا تتوجه بوجه وذلك كدعوى قتل العمد والنكاح والطلاق والعلق والنسب والولاء والرجعة وما أشبه ذلك ثم حيث اعتبرنا الخلطة فإنما نعتبرها فيما كان من الدعاوى غير مشبهة عرفا فأما ما يشبه مثل دعوى الودائع على أهلها ودعوى المسافر الوديعة على أحد رفقائه والدعوى فى سلعة معينة والدعوى على الصانع المنتصب أنه دفع إليه ما يعمله له والدعوى على المنتصب للبيع والشراء أنه باع منه أو اشترى ودعوى الرجل فى مرض موته أن له قبل فلان كذا ويوصى أن يتقاضى منه ودعوى السرقة على المتهم فلا يحتاج إلى ثبوت خلطة ويلحق ذلك ما فى معناه وفى التبصرة أما فى بياعات النقد والدعوى فى المعينات وعلى الصانع ودعوى الودائع والغصب والتعدى والجراح فلا تراعى فيها الشبهة واختلف فى الدين هل تراعى فيه الشبهة والخلطة ثم حكى أربعة أقوال قال ابن القاسم لا

يحلف إلا أن يكون بائعه بالنقد مرارًا أو بالدين ولو مرة وقال ابن حبيب لا يحلف حتى تكون بينهما خلطة لا يعرف لها انقضاء فإن انقضت ثم أتى بعد يوم أو يومين يدعى عليه حقا لم يحلف وقيل ينظر إلى الدعوى فإن كانت مما يجوز أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف وقيل: إن كان المدعى يشبه أن يعامل المدعى عليه فيما ادعى به عليه أحلف له وإلا فلا وتثبت الخلطة بالإقرار وفى ثبوتها بالشاهد الواحد دون يمين أو لا بد من اليمين قولان لابن كنانة ومحمد. وشرط صحتها أن تطابق الإنكار وأن يحلف على البت إلا فيما ينسب إلى غيره من النفى.

• النكول:

ويتم بقوله لا أحلف أو أنا ناكل أو يقول للمدعى أحلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين وليس له أن يرجع إلى اليمين وينبغى للقاضى أن يشرح له حكم النكول ويقول له إن نكلت حلف المدعى وأخذ ما حلف عليه إن كان بالغا وإن كان صبيًا أخذ منه الحق دون يمين وهل هو أخذ تمليك أو إيقاف خلاف فإن كان اليمين على المدعى لنكوله قام له شاهد فنكل قيل للمدعى عليه احلف فإن نكلت غرمت وإن حلفت وكان الولد رشيدًا بطل حقه وإن كان سفيها فكذلك عند ابن القاسم وأصبغ وقال ابن الماجشون لا يبطل ويؤخر إلى رشده فيحلف ويأخذ فإن نكل لم يحلف المطلوب مرة أخرى.

• البينة:

إن كانت مقبولة قضى بها بعد الإعذار. وإن كانت مرجوحة أمر القاضى بتزكيتها ويجمع فى التزكية بين وصفى العدالة والرضاء وبه جرى العمل والعمل اليوم بإفريقية على قبول التزكية القاصرة كقولهم زكيته فيما شهد به فيه وما علمت ذلك لأحد ممن تقدم ولا من أهل المشرق وطالما سألت عن ذلك حتى سألت القاضى أبا عبد الله بن يعقوب رحمه الله فقال لى هذه التزكية أحدثها أهل مراكش والقاضى ينبغى له أن يعول على ما يفهم من شهودها فإن فهم منهم معنى عدل رضا فى كل شىء عمل بذلك وإن فهم منهم قصر تزكيته فى ذلك خاصة وسكتوا عن غيره لم يقبلها وما رأيت من يعين ذلك من القضاة فإنا لله وإنا إليه راجعون فإذا ثبتت التزكية عند القاضى أعذر فيهم وفى من زكاهم.

اللواحق

تنحصر فى خمسة فصول:

الأول: فى العزل:

وينعزل القاضى بكل وصف يمنع من الفتيا والولاية كالكمه وفى عزله بطروء الفسق قولان المشهور العزل وقال أصبغ لا يعزل وإنما يجب على الإمام عزله.

الثانى: فى نقضه أحكام نفسه:

وله ذلك إذا تبين له الخطأ وإن كان قد أصاب قول قائل وقال سحنون إذا كان الحكم مختلفًا فيه وله هو فيه رأى وحكم بغيره سهوا فله نقضه وليس لغيره نقضه وإن كان رأى بعد الحكم رأيا سواه لم ينقضه.

الثالث: إقراره بتعمد الجور والخطأ:

قال مالك ما تعمده من جور فإنه يقاد منه ومن المأمور إذا علم أنه حكم بجور ثم إن أتلف مالا غرمه وأدب وعزل ولا يولى أبدًا ولو أقر بالعمد بعد الحكم وقبل القصاص أو قبل أخذ المال فقال ابن الماجشون إن أقر بجور وهو حاكم فله أن يرجع ما لم يفت يريد ما لم يقتص أو يأخذ المال وقال ابن القاسم وأشهب فى البينة ترجع بعد الحكم وقبل القصاص ترد وقال محمد إن كان بكرًا حد وإن كان ثيبًا لم يرجع قال اللخمى وعلى هذا يجرى الجواب إذا رجع الحاكم ولو قال بعد القصاص أخطأت فقال ابن القاسم وأشهب ذلك على عاقلة الإمام إن كان الثلث وقال سحنون ذلك فى ماله وقيل لا شىء عليه.

الرابع: نظره فى أحكام غيره:

أما العدل العارف فلا يتعرض له بوجه ما لم يظهر خطأ بين لم يختلف فيه ويثبت ذلك عنده فيرده وأما الجاهل العدل فيكشف أقضيته فما كان منها صوابا أمضاه وما كان خطأ لم يختلف فيه رده ورأى اللخمى أن يرد ما كان مختلفًا فيه لأن ذلك كان منه حدسًا وتخمينا والقضاء بمثل ذلك باطل ونحوه لابن محرز وأما غير العدل فظاهر المذهب فسخ أحكامه على ثلاثة الفسخ مطلقًا قاله ابن القاسم

فى المستخرجة وعدمه مطلقًا قاله عبد الملك والتفرقة فيمضى من أحكامه ما عدل فيه ولم يسترب ويرد ما فيه جور أو استريب ويفعل فيها من الكشف ما يفعله فى أقضية الجاهل قاله أصبغ.

تنبيه: قال ابن محرز المعروف لعبد الملك فى المجموعة مثل قول أصبغ وعلى هذا فيكون المذهب على قولين.

الخامس: فى قيام المحكوم عليه بطلب الفسخ:

وإذا قام فطلب ذلك لجور القاضى أو جهله فقد تقدم حكمه وإن ذكر أن بينه وبينه عداوة أو بينه وبين ابنه أو بين الأبوين وثبت ذلك وجب الفسخ وإن قال كنت أغفلت حجة كذا لم تقبل منه وإن أتى ببينة وذكر أنه لم يعلم بها فثلاثة قال ابن القاسم يسمع من بينته فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخ وقال سحنون لا يسمع منها وقال ابن المواز إن قام بها عند القاضى نفسه نقضه وإن قام عند غيره لم ينقضه وإن أتى بما يوجب سقوط شهادة من شهد عليه فإن كان لتقدم جرحة بفسق ففى نقض الحكم روايتان وبالنقض أخذ ابن القاسم وبعدمه قال أشهب وسحنون وإن أثبت العداوة فيجرى على القولين ولو أنكر المحكوم عليه الخصام عند القاضى وقال القاضى كنت خاصمت عندى وأعذرت إليك فلم تأت بحجة وحكمت عليك فقال أصبغ القول قول القاضى وفى الجلاب لا يقبل إلا ببينة قال اللخمى وهو أشبه بقضاة الوقت ولو أنكرت البينة أن تكون شهدت ففى النقض قولان.

* * *

كتاب الشهادات

حقيقتها: الإخبار عن تعلق أمر بمعين يوجب عليه حكما وبقيد التعيين تفارق الرواية.

حكمها: الوجوب على الكفاية.

حكمة مشروعيتها: حفظ النظام ودفع الضرر العام لصيانة الحقوق.

ركناها: الشاهد والمشهود به.

الأول: الشاهد:

ويتعلق النظر بالموجب لقبول شهادته وبالمانع من قبولها. أما الموجب لقبولها فهى العدالة والمروءة والحرية والبلوغ وفى الرشد خلاف والعدالة هيئة راسخة فى النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقى الصغائر والتحاشى عن الرذائل المباحة والمراد بالمروءة التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق ردىء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم تكن فى نفسه جرحة ولا تقبل شهادة العبد ولا شهادة من لم يبلغ الحلم وإن بلغ خمسة عشر عامًا وأجاز ابن وهب شهادته إذا بلغ ذلك وفى قبول شهادة الصبيان فى القتل والجراح ثلاثة يفرق فى الثالث فتقبل فى الجراح خاصة ولم ير مالك السفه قادحًا فى العدالة فأجاز شهادته ولم يجزها أشهب.

تنبيه: قال القاضى أبو الوليد ويشترط فيمن اجتمع فيه هذان الوصفان يعنى العدالة والمروءة أن يكون عالمًا بتحمل الشهادة متحرزًا يؤمن عليه التحيل.

وأما المانع فقسمان: قسم يمنع من القبول مطلقًا وقسم يمنع على جهة.

الأول: كل وصف مناف للعدالة أو المروءة أو لهما كالفسق وسماع القيان عند ابن القاسم وأشهب وكقطع السكة وإن كان جاهلا وأن يترك الجمعة ثلاث مرات متواليات من غير عذر. ابن لبابة. وكذلك كل من لم يقم صلبه فى ركوع أو سجود فى نافلة أو فريضة والفرار من الزحف واعتقاد البدعة والقضاء بالنجوم وشبه ذلك مما هو مناف لما ذكرناه.

الثانى: ما يمنع على جهة ونعنى بذلك أن يمنع من القبول مع بقاء العدالة وهو نوعان:

الأول: التغفل قد تقدم قول القاضى أبى الوليد أنه يشترط أن يكون متحرزاً يؤمن عليه التحيل قال ابن عبد الحكم قد يكون الحبر الفاضل ضعيفًا لا يؤمن عليه لغفلته فلا تقبل شهادته إلاَّ فيما لا يكاد أن يلبس عليه فيه.

النوع الثانى: الاتهام وله ستة أسباب:

الأول: أن يجر لنفسه منفعة أو يدفع عنها مضرة.

الثانى: تأكيد الشفقة بالنسب أو السبب وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به.

الثالث: العداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب بخلاف الدينية إلاَّ أن يؤدى إلى إفراط الأداء.

الرابع: الحرص على زوال التقييد ولذلك صورتان:

الأولى: أن ترد شهادته بفسق ثم يصير عدلا فيشهد بها فإنها ترد لتهمته على دفع عار الكذب.

الثانية: التأسى كشهادة المقذوف فى القذف.

الخامس: الحرص على الشهادة فى التحمل والأداء والقبول أما التحمل فكالمختفى فى رواية والمشهور أن ذلك لا يضر وقيده محمد بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائف وغير ضعيف وقيل لا يجوز أن يختفى ليشهد مخافة أن لا يحيط بها علما لكن إن تحقق الإقرار كما يجب فليشهد وأما الحرص على الأداء فمثل أن يبدأ بالشهادة قبل أن يطلبها منه صاحبها وهو حاضر والحق مالى فإن أداها سقطت والذى ينبغى أن يعلم صاحبها إن علم أنه غير عالم بها ولو كان صاحبها غائبا ففى وجوب القيام بها قولان ولو كانت الشهادة حقا لله تعالى ولا يستدام فيه التحريم يستحب كتمها. ابن رشد. إلا فى المشتهر وإن كانت مما يستدام فيه التحريم وجب الرفع وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص وأما الحرص على القبول فمثل أن يشهد شهادة ويحلف على صحتها.

السادس: الاستبعاد والأصل فيه قوله ﷺ: «لا تقبل شهادة البدوى على

القروى» وحمله مالك على الأموال والحقوق دون الدماء وما فى معناها مما تطلب فيه الخلوات فلذلك قلنا لا تجوز شهادة البدوى على القروى أو له فى الحقوق التى يمكن الإشهاد عليها فى الحضر دون القتل والجراح وشبههما.

الركن الثانى: المشهود به:

وهو ستة أنواع:

الأول: الزنى واللواط ويثبت بشهادة أربعة ذكور مجتمعين غير مفترقين برؤية واحدة أنه أدخل فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة وظاهر المذهب جواز النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة وللحاكم أن يسألهم كما يسأل فى السرقة ما هى ومن أين وكيف وإلى أين فإن شهدوا بما ذكرنا لكن أنهما مكرهان فإن قلنا إن الرجل يحد مع الإكراه فلا بد من أربعة وإن قلنا لاحد اكتفى باثنين وفائدة الشهادة ما تستحقه من الصداق على الرجل أو على المكره.

الثانى: ما ليس بمال كالنكاح والطلاق والرجعة والتمليك والعتق والإسلام والردة والسبب والولاء والكتابة والتدبير والعدة والجرح والتعديل والشرب والحرابة والقذف والسرقة والإحلال والإحصان وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب فهذه كلها لا تثبت إلاَّ بشاهدين ذكرين.

الثالث: ما يتعلق بالنفس كالقتل والجراح والعفو عن القصاص والتعريض للنبوة بالسب فأما القتل فإن كان عمداً فإنه يثبت باثنين ولا يستحق بشاهد وامرأتين ويستحق بشاهد عدل مع القسامة وفى غير العدل روايتان وفى جراح العمد ثلاثة فأجاز فى الأقضية قطع اليد مع الشاهد واليمين قياسا على القتل وفى الشهادات كل جرح لا قصاص فيه فإنما هو مال فلهذا جاز فيه الشاهد واليمين قال اللخمى وهذا يقتضى أنه يجتزئ بالشاهد واليمين حيث يتوجه القصاص وقيل يصح اليمين مع الشاهد فيما صغر من الجراح دون ما كبر وأما العفو عن القصاص فلا يثبت أيضًا إلا بشاهدين عدلين وتتوجه اليمين مع الشاهد على المشهود له قياسًا على الطلاق وأما التعرض بالسب للنبوة فيثبت بشاهدين ولا يقبل بالواحد لكن يعاقب العقوبة الشديدة على ما سيأتى فى محله إن شاء الله تعالى.

الرابع: ما لا يطلع عليه إلا النساء كالولادة والاستهلال وعيوب النساء والحيض

فيثبت بشهادة امرأتين عدلتين وفى شهادة النساء فيما يقع بينهن فى الأعراس والمأتم كالصبيان قولان.

الخامس: الأموال وحقوقها كالآجال والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال فيثبت بشهادة رجلين ورجل وامرأتين وبشاهد ويمين وامرأتين ويمين وبرجل ونكول وامرأتين ونكول ويمين ونكول.

ثم اليمين أربعة أحوال:

الأول: أن تكون ممكنة فيحلف القائم ويستحق مطلقًا وعن مالك لا يحلف السفيه مع شاهده ويؤخر حتى يرشد وإذا قلنا يحلف فنكل فقد تقدم قول ابن القاسم أن المطلوب يحلف ويبرأ ولا يحلفها إذا رشد وكذلك البكر المولى عليها تنكل عن اليمين مع الشاهد إذا رضى حالها وقاله مطرف قال ولو نكل المطلوب أخذ منه المال فإن حلف السفيه بعد رشده مضى له وإن نكل رده وإذا نكل الرشيد أو العبد المأذون عن اليمين مع الشاهد حلف المطلوب وبرئ ولو نكل غير المأذون حلف سيده واستحق.

الثانى: أن تكون غير ممكنة مثل أن يقوم شاهد بحق لميت ووارثه أخرس لا يفهم ولا يفهم عنه فقال سحنون يحلف المدعى عليه ويبرأ وإلا غرم وكذلك الشاهد يشهد على رجل أنه حبس حبسًا على الفقراء أو تصدق به عليهم.

الثالث: أن تكون غير ممكنة حالا وممكنة مآلا كشاهد يقوم لمعتوه أو صغير أو لغائب فأما المعتوه فإن المطلوب يحلف فإن حلف برئ وإلا غرم ثم إذا حلف ثم عقل المعتوه فإنه يحلف ويستحق وأما الصغير فإن كان وليه هو المتولى للمعاملة فهو الذى يحلف مع الشاهد فإن نكل غرم وإن لم يكن هو المتولى ففى المذهب ثلاثة: قال مالك يحلف الصغير وهو شاذ وقال ابن كنانة يحلف أبوه وقال ابن المواز يحلف المطلوب وهو المعروف فإن حلف ففى إيقاف المشهود به إن كان معينا كدار أو عقار أو يكون مما يخشى عليه التلف إن لم يوقف قولان وإن نكل أخذ من يده وفى كونه أخذ تمليك أو إيقاف قولان وعلى الثانى فيحلف الصبى إذا بلغ فإن نكل حلف المطلوب وبرئ وإن نكل فلا شيء له. وأما الغائب فإن شهد له بدين لم يحكم له إلا بوكالة وإن شهد أن فلانا غصب فللحاكم أن يحلفه فإن نكل وقف

الشيء المغصوب حتى يقدم وإن شهد أنه قذفه فمذكور فى محله.

الرابع: أن تكون ممكنة من بعض دون بعض مثل أن يشهد شاهد على رجل أنه وقف داره على بنيه وعقبهم بطنا دون بطن فإن من لم يخلق من الأعقاب يستحيل أن يحلف الآن مع الشاهد والموجود من ولد الصلب يمكن أن يحلف وقد اختلف فى ذلك على أربعة أقوال فقال محمد الذى ذهب إليه أصحابنا منع اليمين مطلقًا وروى ابن الماجشون أن الجل إذا حلف ثبت جميعها يريد من هذه الطبقة وروى إذا حلف واحد ممن يستحق ذلك ثبت جميعها للغائب والحاضر ومن سيولد وقيل يثبت نصيب من حلف وحده ومن نكل سقط حقه وردت اليمين على المشهود عليه.

النوع السادس: أن يتضمن المشهود به ما يصح فيه الحلف مع الشاهد وما لا يصح إلا بشاهدين فإن باشرت الشهادة المال أعطيت حكمه مثل أن يقوم شاهد وامرأتان لرجل على شراء زوجته فيحكم بصحة الشراء وإن أفضى إلى فسخ النكاح وكذلك لو قام له بذلك شاهد فيحلف معه وإن باشرت الشهادة ما ليس بمال ففى إجراء ذلك مجرى المال أو مجرى ما ليس بمال قولان لابن القاسم وأشهب مثاله الشهادة بالوكالة على المال وكالنكاح بعد الموت وفى الشهادة على عبد ميت أن سيده أعتقه أو أن هذا أخوه أو أبوه أو لم يكن له وارث ثابت النسب.

اللواحق

تشتمل على خمسة فصول:

الأول: فى الشهادة على الخط:

وفى المذهب أربعة: الجواز مطلقًا وعليه عمل القضاة فى زماننا والمنع مطلقًا لجواز الضرب على الخطوط والثالث الجواز على شهادة المقر دون غيره. والرابع الجواز فى حق المقر والميت والغائب والمنع فى خط نفسه. وقد روى عن مالك أن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر موطن الشهادة أنه لا يشهد حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل على أكثرها وبه قال ابن القاسم وأصبغ.

الثانى: فى الشهادة على الشهادة:

وهى جائزة فى جميع الحقوق إذا قال له اشهد على شهادتى أو رآه يشهد بها عند الحاكم وقال محمد لا يشهد وإن رآها يؤديها حتى يقول له اشهد على شهادتى وإنما يشهد على شهادته لعذر كمرض أو موت أو لغيبة بمكان لا يلزمه الأداء.

الثالث: فى ثبات المواطن التى ثبتت بالسماع:

والعمل بشهادة السماع جائز الضرورة فى مواطن محصورة وصفتها أن يقولوا سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم والمواطن المشار إليها سبعة وعشرون ذكر منها ابن رشد إحدى وعشرين وزاد ولده ستة وقد نظمها فى هذه الأبيات:

أيا سائلى عما ينفذ حكمه ... ويثبت سمعا دون علم بأصله
ففى العزل والتجريح والكفر بعده ... وفى سفه أو ضد ذلك كله
وفى البيع والأحباس والصدقات ... والرضاع وخلع والنكاح وحله
وفى قسمة أو نسبة وولاية ... وموت وحمل والمضر بأهله
فدونكها عشرين من بعد واحد ... تدل على حفظ الفقيه ونبله

وقال ولده رحمه الله متممًا لها:

ومنها الهبات والوصية فاعلمن ... وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة ... ومنها الإباق فليضم لشكله
أبى نظم العشرين من بعد واحد ... وأتبعتها ستا تماما لفعله

الرابع: تعارض البينتين:

وإذا تعارضت البينات وأمكن الجمع بينهما جمع وإن لم يمكن صير إلى الترجيح وهو من أربعة أوجه:

الأول: زيادة العدالة بخلاف زيادة العدد على الرواية المشهورة.

الثانى: قوة الحجة، قال أشهب يقدم الشاهدان على الشاهد واليمين وعلى الشاهد والمرأتين إذا استووا فى العدالة وقال ابن القاسم لا يقدمان قال ولو كان أعدل من كل واحد منهما لحكم بشهادته مع اليمين وقدم على الشاهدين.

الثالث: اليد فتقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافئ مع يمينه على الرواية المشهورة ولو رجحت بينة الخارج لقدمت مع يمينه على خلاف، وذهب

عبد الملك إلى أن الحائز لا ينتفع ببينته وأن بينة المدعى أولى بتخصيص البينة به فى الحديث.

الرابع: اشتمال إحدى البينتين على زيادة تاريخ أو سبب ملك فإن شهدت بينة أنه ملكه منذ سنة وشهدت أخرى أنه ملكه منذ أزيد من ذلك قدمت السابقة ولو كانت إحداهما مطلقة والأخرى مضافة إلى سبب قدمت المضافة ولو شهدت بينة بالحوز والأخرى بالملك قدمت بينة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدما.

الفصل الخامس: فى المرجوع عن الشهادة:

وإذا رجع الشاهد عن الشهادة وقال شبه على لم يحكم بها. ثم إن كان عدلاً مأمونا لم يجرح وإلا جرح وأدب قاله ابن القاسم وعبد الملك وقال أيضًا لو أدب لا كان أهلا وقال سحنون وغيره لا يؤدب لئلا يكون ذلك داعية إلى أن لا يرجع أحد عن شهادته وبه العمل ولو رجع بعد الحكم بشهادته فقيل لا أدب عليه قال سحنون وغيره ولا إن قال شبه على قال بعض الشيوخ وظاهر ما فى الأقضية من المدونة أنه يجرح وأما شاهد الزور فيضرب ويطاف به فى المجالس ولا تقبل شهادته أبدًا قال ابن القاسم يريد مجالس المسجد الجامع ولم يحفظ عن مالك فى غرم الشاهد جواب قال ابن المواز إلا أن أصحابه يضمنونه ما أتلف إذا أقر بتعمد الزور قال ابن الماجشون فإن رجع ولم يقر بالزور لم يغرم وقيل يغرم قال مالك ولا ينقض الحكم برجوعه.

* * *

كتاب التفليس

هو تفعيل من الفلس وهو العدم مأخوذ من الفلوس أى أن هذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب.

وحقيقته شرعًا: الحجر على المديان.

حكمة مشروعيته: صيانة الأموال على أربابها.

ركناه: المفلَس بفتح اللام، والمفلِس بكسرها.

الأول: المفلس:

وهو المديان وإذا كان الرجل عليه ديون قد حلت أو حل بعضها والتمس من حل دينه الحجر عليه مكن من ذلك ولا حجر فى الدين المؤجل لكن يحل بالفلس إذا استغرقت الديون الحالة ما بيده وكذلك إن ظهر منه إتلاف يخاف معه أو يتلف ما بيده قبل حلول الأجل فيفلس إلاَّ أن يضمن أو يجد ثقة يتجر له فيه.

الثانى: المفلِس:

وهو القاضى قال ابن الماجشون وحبس المديان رأس تفليسه ومثله لمالك فى الموازية وفيها عنه أيضًا إذا قام الغرماء وبينوا على تفليسه قال محمد وحالوا بينه وبين ماله قال ابن القاسم أو تشاوروا فى ذلك فذلك حد التفليس قال أصبغ أو يجتمعوا فيأخذوا ما فى حانوته فتحاصصوا فيه ويطلقونه ليأسهم من ماله وإن أراد بعض الغرماء تفليسه فله ذلك وإن كره غيره.

اللواحق

وهى ما يترتب على الحجر ويترتب عليه أربعة أحكام:

الأول: حبسه إلى ثبوت فقره أو يطول سجنه:

فإن طلب أن يعطى حميلاً ويخرج ليثبت عدمه فقال ابن القاسم يمكن من ذلك وقال سحنون لا يمكن من ذلك يريد لما يلزمه من اليمين عند ثبوت عدمه والحميل

لا يحلف عنه ومراده والله أعلم المتقعد بأموال الناس فإذا مكنه القاضى من ذلك ضرب له أجلا بحسب اجتهاده وجرت عادة القضاة أن يؤجلوه ثمانية عشر يوما ثم يتلومون له ثلاثة أيام.

تنبيه: طول السجن يختلف بحسب حال الدين والمسجون إن سجن لاختبار حاله يخرج إذا مضى من المدة ما يختبر حاله فيه قال ابن الماجشون يحبس فى الدريهمات اليسيرة قدر نصف الشهر وفى المال الكثير أربعة أشهر وفى المتوسطة شهران وأما الملد المتهم فيسجن حتى يؤدى أو يثبت عدمه وأما المتقعد بأموال الناس ففى الطرر وإذا أخذ الرجل أموال الناس للتجر أو للدين ثم زعم أن لا شىء معه ولم يعلم أنه غصب فأنه يسجن ويضرب بالسوط فى الجمع وغيرها حتى يؤدى ما عليه أو يموت فى السجن أو يتبين للإمام أن لا شىء معه فيطلقه بعد أن يحلفه وبذلك كان سحنون يقضى.

الثانى: منع التصرف فى ماله بوجوه التبرعات:

وفى جواز عتقه لأم ولده قولان لابن القاسم والمغيرة وعلى القول بالإمضاء فيتبعها مالها قاله مالك فى الموازية وقال ابن القاسم إن كان يسيرًا وشراء المفلس على أن يقضى الثمن مما لا حجر عليه فيه جائز وما لا حجر عليه فيه من سائر تصرفاته كالطلاق والنكاح وشبه ذلك جائز وبيعه بعد الحجر بغير محاباة جائز إذا كان نظرًا وما فعله قبل الحجر من هبة أو صدقة أو عتق فمردود إن ثبت أنه حينئذ غير ملى بما عليه من الدين والبينة على من يريد الرد ولو قضى بعض غرما به أو أعطاه رهنا بعد الحجر لم يجز فإن كان قبله فقال مالك ذلك مرة جائز وقال مرة لا يجوز وقيل يجوز قضاؤه ولا يجوز رهنه وهذا إذا فعله لمن لا يتهم عليه وأما إن فعله مع المتهم فلا يجوز.

الثالث: بيع ماله وقسمه للغرماء:

والمتولى لذلك القاضى بعد ثبوت الديون والأعذار فيما له وللغرماء ثم تحليفهم يمين الاستبراء فإذا فعل ذلك وثبتت أملاكه وحيزت أمر بتسويق الأملاك وطلب الزيادة فيها قال مالك ينادى عليها الشهر والشهرين ولا يؤخر الحيوان إلا السير ويسوق العروض يسيرًا والحيوان أسرع بيعًا فإذا بيع ذلك أمرهم بقسم الأثمان ولا

يكلفهم إلا غريم سواهم فإن كان الغريم معروفًا بالدين فيستأنى فى الموت وفى الفلس خلاف قال ابن حبيب يأمر من ينادى على باب المسجد ومجتمع الناس أن فلانا مات أو فلس فمن كان له قبله شىء فليرفع إلى القاضى قال ويباع متاعه بالخيار ثلاثًا ويكون البيع بمحضره وإذا اختلفت أجناس الديون قوم لكل واحد منهم دينه يوم الفلس أو الموت واشترى بما نابه فى الحصاص بتلك القيمة ما له قبله أو ما بلغ منه ويترك للغائب منابه وإن هلك بعد العزل فهو منه.

الرابع: الرجوع إلى عين المال:

وهو واجب فى الفلس دون الموت ثم السلعة إن كانت بيد ربها لم يدفعها بعد فهو أحق بها مطلقًا وإن كانت بيد المفلس فيكون أحق بها بستة شروط:

الأول: أن يكون من بيع وما فى معناه من هبة الثواب والسلم والإجارة والكراء دون النكاح والخلع والصلح لتعذر استيفاء العرض فرب الأرض أحق بالزرع فى الفلس وقال ابن القاسم وفى الموت والأجير على سقى النخل أحق بخلاف الأجير على ترحيل الإبل أو رعايتها، أو رعايتها وعلفها والصباغ شريك بقيمة الصبغ وكذلك البناء والنساج وجميع الصناع أحق بما أسلم إليهم للصنعة وصاحب الدابة أحق بما عليها والمكترى أحق بالدابة المعينة وبغير المعينة إن قبضها ورب الحانوت أسوة الغرماء فيما فيه ورب الأرض وأجير السقى يتحاصان وقيل رب الأرض مقدم ويقدمان على مرتهن الزرع.

الثانى: أن يثبت أنها سلعته بالشهادة أو بإقرار المفلس بذلك قبل الفلس وفى إقراره بذلك بعد الفلس ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كان على الأصل بينة قبلت وإلا فلا وهو قول ابن القاسم وإذا قلنا بالقبول ففى استحلاف رب السلعة قولان وإذا فرعنا على عدم القبول فله تحليف الغرماء أنهم لا يعلمون أنها سلعته.

الثالث: أن يختار الأخذ وأما إن اختار الضرب فله ذلك.

الرابع: أن يمتنع الغرماء عن تبدئته بالثمن وأما لو دفعوا له ثمنها من مال المفلس لكانوا أحق بها وهل يكون لهم دفعه من أموالهم أو لا قولان لابن الماجشون وابن كنانة.

الخامس: أن تكون السلعة باقية على ملك المفلس فإن خرجت عن ملكه فليس

له إلا المحاصصة بالثمن.

السادس: أن لا تتغير تغير انتقال فذلك فوت فزرع الحنطة وطحنها وخلطها بأردأ منها فوتا وذبح الكبش قوت ويبس الثمرة فيه روايتان الفوت وبه أخذ أصبغ وعدمه وبه أخذ أشهب وكبر الصغير فوت وفى هرم الكبير قولان مخرجان من القول فيمن اشترى عبدا فهرم عنده ثم وجد به عيبًا فقيل هو فوت يمنع الرد وقيل لا وجعل الزبد سمنا فوت وقطع الثوب قميصًا والخشبة بابا فوت.

* * *

obeikandl.com

كتاب العتق

حقيقته: ارتفاع الملك عن الرقيق ويقال عتق بفتح العين وأعتقه سيده فهو معتق.

حكمه: الندب.

حكمة مشروعيته: التنبيه على شرف الآدمى وتكرمته فإن الرق إذلال له والترغيب فى مكارم الأخلاق وتعاطى أسباب النجاة من النار.

أركانه: المعتِق والمعتَق والصيغة.

الركن الأول: المعتِق:

من فيه أهلية التبرع فلا ينفذ من المحجور عليه لحق نفسه كالسفيه والمعتوه ولا لحق غيره كالمديان والعبد والمريض والمرأة فيما زاد على الثلث ولو كان السفيه غير مولى عليه فعتقه جائز قال ابن القاسم إلا البين السفه الذى يحجر على مثله.

الثانى: المعتَق:

كل مملوك لا يتعلق بعينه ولا بثمنه حق لازم فيتناول الذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير والجنين واحترزنا بالقيد الأخير عن العبد الذى أخدمه رجلا حياة العبد وعن المرتهن إذا لم يكن له غيرالعبد فإن كان عنده فكاكه كانت الخدمة أمدا معلوما صح العتق بعد انقضاء الأمد كالمستأجر.

وأسباب العتق عشرة: إصدار الصيغة، والكتابة، والتدبير، والإيلاد، والمثلة، والسراية، والقرابة، ويضاف إلى ذلك: اليمين بالعتق، والنذر به، وقتل الخطأ، والظهار، وكفارة اليمين إن اختار العتق فتكون اثنتى عشرة.

ويجب أن تعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب ألا ترى أنه جل وتعالى رتب المغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال ﷺ: «صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية. وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية. ورمضان إلى رمضان مكفر لما بينهما والصلوات الخمس تكفر ما بينها. وإذا توضأ العبد خرجت الخطايا من تحت أشفار عينه» الحديث وقد قلت لشيخنا شهاب الدين

رحمه الله إذا كان صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية فأى شىء يكفر صوم يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه فقال رحمه الله ذلك دليل على أنه تعالى مريد للمغفرة لعباده فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطؤه غيره. وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب وكذلك العتق.

ولنذكر كل سبب وما يتعلق به إن شاء الله تعالى:

السبب الأول: إصدار الصيغة

اعلم أن الصيغة إن صدرت مطلقة وقع العتق ناجزا وإن صدرت معلقة وقع عند صدور المعلق عليه كالطلاق. والصيغة ثلاثة أقسام: صريح وكناية وما ليس بواحد منهما فالصريح ما فيه لفظ الإعتاق والتحرير وفك الرقبة وكذلك قوله هو لله أو لوجه الله وإن لم يقل هو حر. الكناية نحو وهبت لك نفسك أو اذهب أو اغرب وهذا يفتقر إلى النية بخلاف الصريح وكذلك ما ليس بواحد منهما كقوله اسقنى الماء وشبه ذلك ولو قال وهبتك نفسك اليوم فقال سحنون هو حر وقال ابن القاسم فى حر شتم عبدا فقال له سيده هو حر مثلك أراه حرا قال سحنون ولو قال تصدقت عليك بخراجك وخدمتك ما عشت أنا فهو حر مكانه وكذلك لو لم يقل ما عشت فهو حر مكانه قال ابن القاسم ولو أراد أن يقول أنت حر من هذا العمل اليوم وقال ما أردت حريته حلف ويبرأ وتحصيل المذهب أن اللفظ إذا صدر مقارنا للكلام النفسانى فإن العتق يقع اتفاقا كالطلاق وإن صدر اللفظ وحده وقال لم أرد به العتق فإن اقترن بذلك قرينة مصدقة كما تقدم آنفًا لم يعتق وإلاَّ عتق وقد قال مالك إذا قال لعبده أنت حر ولامرأته أنت طالق وقال أردت الكذب أن العتق والطلاق لازمان له ولا ينوى وإنما النية فيما له وجه وحكى اللخمى الخلاف فى العتق باللفظ دون النية وفى العتق بالنية وحدها دون اللفظ وعلى ذلك خرج الخلاف فيمن له عبدان ناصح وميمون فدعا ناصحا فأجابه ميمون فقال أنت حر يظنه ناصحًا وفى ذلك أربعة أقوال كما إذا دعا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق يحسبها حفصة.

تنبيه: إضافة العتق للبعض والشعر والكلام وإلى القدر المشترك كقوله أحد

عبيدى حر كإضافة الطلاق إلى ذلك لكن المشهور فى قوله أحد عبيدى حر أنه يختار واحدا ويعتقه ولو قال نويت هذا صدق بغير يمين على المشهور فإن نكل عتق هذا بإقراره والباقون بنكوله ولو قال نويت واحدًا ونسيته عتقوا جميعًا.

السبب الثانى: الكتابة

وهو مشتق من الأجل المضروب لنجومها والكتابة هى الأجل قال عز من قائل: ﴿وَلَهَا كِتَابٌ مَّعْلُومٌ﴾ [الحجر:٤] أى: أجل مقدر ومنه قيل كاتب عبده أى وأجله على ذلك.

حكمها: الندب وقيل الإباحة.

حكمة مشروعيتها: مصلحة السيد والعبد ولا يجبر السيد عبده عليها على المشهور.

أركانها: أربعة:

الأول: المكاتِب: بكسر التاء وكل من جاز عتقه جازت كتابته وقد تجوز ممن لا يصح عتقه فإن المكاتب يكاتب عبده على وجه النظر وابتغاء الفضل والمريض إن كاتب عبده وقيمته أكثر من الثلث خير الورثة فى إمضاء ذلك أو عتق ما حمل الثلث منه بتلا وكذلك وصيته بكتابته ولو كاتبه بغير محاباة صحت كالبيع.

الثانى: المكاتَب: بفتح التاء وهو كل من فيه شائبة رق فتجوز كتابة أم الولد برضاها ولا تجوز بغير رضاها إذ لا سعاية عليها فإن مات السيد قبل الأداء سقطت وعتقت ولو تعجلت العتق على مال فى ذمتها لم يسقط بموت السيد. ثم حيث أجزنا الكتابة فإنما نجيزها بثلاثة شروط:

الأول: أن يكون قويًا على الأداء وقد كره مالك كتابة من لاحرفة له وقال ابن القاسم يجوز وإن كان يسأل الناس. وفى الصغير روايتان وبالجواز قال ابن القاسم، وقال أشهب يفسخ مالم تفت بالأداء أو يكون له مال فيؤخذ منه ويعتق قال عنه الدمياطى وابن عشرة أعوام صغير فإن زاد عليها زيادة بينة أمكن أن تجوز كتابته.

الثانى: رضاه على أحد القولين.

الثالث: أن يكاتبه كله فإن كاتب بعضه لم يجز إلا أن يكون بقيته حرًا ويزاد فى

كتابة الشرطين شرط رابع وهو أن يكون فى عقد واحد وأن يتساويا فى القدر وفى النجوم فإن كان العقد مفرقًا ولم يعلم أحدهما بما فعل الآخر فثلاثة قال ابن القاسم لا تجوز وقيل إن وافق الأول فى النجوم والمال جاز وإلا فلا وقيل إن رضى صاحب الكتابة بإسقاطها أو رضى المكاتب أن يزيد الآخر مثلها جازت.

الثالث: العوض: وكل ما صح أن يكون صداقًا صح أن يكون عوضًا فى الكتابة ولا يصح بما لا يضح تملكه كالخمر ويرجع بقيمته ولا يفسخ ويكره بالغرر كآبق وشارد وجنين ودين على غائب لا يعلم حياته ولا يعتق حتى يقبض السيد ما شرط. والتأجيل فى العوض من حق العبد. قال مالك ولو كاتبه على ألف درهم ولم يذكر أجلا نجمت عليه بقدر سعاية مثله وإن كره السيد قال الأستاذ أبو بكر وظاهر قول مالك هذا أن التاجيل شرط فى الكتابة قال وعلماؤنا النظار يجيزون الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة وهو القياس.

الرابع: الصيغة: وهو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم ولو قال أنت حر وعليك كذا ألزم العتق وفى لزوم المال قولان لمالك وابن القاسم ولو كان ذلك برضاء العبد وعليه أعتقه لزمه بلا خلاف ولو قال أنت حر على أن عليك ألفا فأربعة قال مالك يلزم العتق والمال وقال ابن القاسم فى العتبية يخير العبد فى العتق والتزام المال فإن لم يلتزمه بقى رقيقًا وقيل يخير العبد فى القبول فلا يعتق إلا بالأداء أو الرد فيبقى رقيقًا وهذا تأوله بعضهم على ابن القاسم وقال أصبغ لا خيار للعبد ولا يعتق حتى دفع المال والمكاتب محجور عليه إلا فيما يعود إلى تحصيل المالية فى الحضر دون السفر قال مالك وحكمه حكم الأرقاء حتى يؤدى ما عليه وليس لسيده بيع رقيقه ويرد ما لم يعجزه أو يعتقه المبتاع فيمضى وولاؤه لمعتقه قال سحنون وهذا إذا كان المكاتب راضيًا بالتعجيز وقيل يرد وينقض العتق وقاله أشهب. قال أشهب وهذا إذا لم يعلم بالبيع وهو عبد ما بقى عليه درهم فلا يعتق إلا بأداء جميع نجومه وبالإبراء والاعتياض ولو قال إن أديت إلى بعض نجومك معجلا أبريتك من الباقى ففعل صح الإبراء والعتق ولو فسخ ما عليه من نوعه أو غير نوعه بزيادة أو فسخ دنانير فى دراهم على تعجيل العتق جاز لأن الكتابة ليست بدين ثابت وإذا غاب المكاتب وقت الحلول فلسيده فسخ كتابته ولكن

عند السلطان ويتلوم له بقدر ما يراه كما يتلوم له إذا أقر بالعجز. ابن القاسم. وإذا أشهد أنه عجزه لغيبه ثم قدم بنجومه التى حلت فهو على كتابته ولو امتنع من الأداء مع القدرة أخذت منه وقال ابن نافع وابن كنانة له تعجيز نفسه وأما إن لم يكن له مال فله تعجيز نفسه وقال سحنون لا يجوز ذلك إلا عند الإمام وإذا جنى المكاتب عمدا أو خطأ فإن أدى جميع العقد حالا وإلا عجز وخير سيده فى إسلامه رقيقًا أو يفديه بالأرش ويبقى له رقيقًا ابن القاسم وله بيع أم ولده فى جنايته إن خاف العجز كما له بيعها إن عجز عن الكتابة.

السبب الثالث: التدبير

وهو فى اللغة مأخوذ من إدبار الحياة ودبر كل شىء ما وراءه بسكون الباء وضمها والجارحة بالضم لا غير.

وحقيقته شرعًا: عبارة عن عتق معلق على موت العاقد على غير وجه الوصية.

حكمه: الندب ابتداء واللزوم إذا وقع.

حكمة مشروعيته: كالعتق.

أركانه: ثلاثة: المدبِّر والمدبَّر والصيغة.

الأول: المدبِّر: وكل من صح عتقه صح تدبيره ويصح من المميز ولا ينفذ من السفيه.

الثانى: المدبَّر: وهو كل من فيه شائبة رق وإن كان جنينا قال ابن القاسم إذا دبر ما فى بطن أمته لا يكن له بيعها.

الثالث: الصيغة: نحو دبرتك وأنت حر عن دبر منى وأنت حر إذا مت أو إن مات فلان فأنت حر بعد موتى وما أشبه ذلك وليس له رجوع ولو صرح بالوصية لكان له الرجوع كقوله إذا مت من مرضى فأعتقوا عبدى فلانا ولا يباع المدبر ولا يوهب خلافًا للشافعى ويفسخ إن وقع فإن لم يعلم ببيعه حتى مات سيده وظهر عليه دين محيط بماله لم يفسخ وإلا فسخ فإن لم يترك غير ثمنه عتق ثلثه وكان للمبتاع الرد لضرر العتق فيه إلا أن يكون علم يوم الشراء أنه مدبر فلا حجة له قاله محمد ولو لحق السيد دين قبل التدبير فقال مالك يباع فيه المدبر كما يباع فيه المعتق

ولا يباع فى دين بعد التدبير ويباع بعد الموت إن اغترقه الدين سواء كان قبله أو بعده ويجوز بيع المدبر من نفسه.

وللتدبير ستة أسباب:

الأول: استغراق الدين كما تقدم.

الثانى: قتله لسيده عمدًا فإذا عفى عنه رجع رقيقًا.

الثالث: مجاوزة الثلث وهذا راجع لكمال الحرية لا لأصلها فإذا دبر عبدًا ولا مال له غيره عتق ثلثه بموته.

الرابع: بيع المدبرة وحملها من المبتاع لأنها انتقلت لما هو أعلى كعتقه لها.

الخامس: قتل الأجنبى له بدليل أن سيده يأخذ منه قيمته وما جنى عليه فعقله لسيده وليس ذلك كماله قال ومهر المدبرة كمالها وهى أحق به بعد موت السيد وغلتها وعقلها لسيدها.

السادس: قتله لسيده عمدا فيعفى عنه فإنه يرجع رقا وإن قتله خطأ عتق فى ثلثها له دون ثلث الدية وتؤخذ منه الدية فإن عجز ماله عنها أتبع بها دينا وللسيد انتزاع مال المدبر ما لم تحضره الوفاة أو يفلس وليس للغرماء انتزاعه وله أن ينتزع ماله المتعلق إلى أجل ما لم يقرب الأجل ولم ير السنة قربا وتقوم المدبرة بعد موت سيدها من مالها فإذا حملها الثلث عتق ويتبعها مالها ولو لم يحمل إلا نصفها عتق نصفها خاصة وبقى مالها بيدها وإن دبر جماعة وضاق الثلث قدم الأول فالأول فإن دبرهم فى كلمة واحدة تحاصصوا فى الثلث بلا سهم بخلاف المبتلين فى المرض أولئك يقرع بينهم. ابن القاسم. فإن كان عليه دين بيع الآخر فالآخر فإذا انقضى عتق الباقون الأول فالأول إلى تمام ثلث ما بقى.

السبب الرابع: إيلاد الأمة

وهو موجب لحريتها بموت سيدها خلافا لأبى حنيفة وسواء كان الولد حيا أو ميتا مضغة أو علقة ثم حيث قلنا بذلك فإنما نقوله إذا وطئها بملك أو شبهة ملك أو شبهة نكاح فأما إذا ولدت منه بوطء النكاح مثل أن يتزوج أمة فتلد منه ثم يشتريها فإنها لا تكون له أم ولد إلا أن يشتريها وهى حامل فتكون له أم ولد وكذلك إذا

زنى بها فولدت فإنها لا تكون له أم ولد وإن اشتراها وعليه الحد وشبهة الملك مثل أن يطأ جارية ابنه وقد قال مالك تقوم عليه وإن لم تحمل مليًا كان أو معسرًا ولا خيار للابن فى ذلك ثم إذا قومت جاز له وطؤها قال سحنون بعد الاستبراء ثم إن كانت حملت منه فهى أم ولد فإن كان قد أصابها عتقت ولو لم تحمل وكان الابن وطئها ولم تحمل منه حرم عليه وطؤها وجاز له بيعها وشبهة النكاح مثل أن يتزوج حرة فيدخل عليه وليها أمة فتحمل منه قال ابن المواز تكون له أم ولد وعليه قيمتها يوم حملت ثم الصادر من السيد إما إقرار وإما إنكار وإقراره بالولد مستلزم لإقراره بالوطء وإذا أقر بالوطء لزمه ما أتت به لأمد لا ينقص عن ستة أشهر ولا يزيده على أكثر من مدة الحمل وسواء أتت به فى حياته أو بعد مماته أو بعد أن أعتقها ثم إذا أقر بالولد فى حياته فى المرض الذى توفى منه والولد موجود كقوله هذا ولدى من هذه أو حملها منى أو يقول أصبتها فإن أتت بولد فهو منى فيقبل إقراره وإن لم يكن ذلك وإنما أقر بالإيلاء. مالك. إن أتت بولد قبل إقراره وإن ورث كلالة لم يقبل ولا يعتق فى الثلث وقال أيضًا لا يقبل وإن ورث فولد وإن كان صحيحًا ولم يكن معها ولد قبل إن كانت فى ملكه ولم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فرأى محمد إن أقر عند قيام الغرماء لم يقبل. ابن القاسم. ولو كان قد باعها رد البيع ما لم يتهم وكان موسرًا وإلا فلا. وإن صدر منه الإنكار للوطء صدق بلا يمين وإن كانت رائعة وإن أقر به وأنكر الولادة وليس معه ولد وادعت عليه العلم حلف ولو كان غائبا وقت ولادتها فى زعمها لم يحلف وقال عبد الملك يقبل قولها حيا كان السيد أو ميتا وإن كان قد باعها ولو شهدت امرأتان بولادتها فقال ابن القاسم تكون أم ولد ومنعه سحنون إذا لم يكن معها ولد وقال محمد يقبل قولها إذا صدقها جيرانها أو من حضر معها إذ ليس يحضر معها الثقات ولو كان معها ولد قبلت شهادة امرأتين على الولادة ولحق به نسب الولد ولو أنكر الوطء والولد معا قبل قوله واختار اللخمى أن يحلف مطلقًا إن كانت من العلى ولو أقر بالوطء وادعى أنه لم يزن صدق ولو أقر بالوطء والولادة وادعى الاستبراء فقال فى المدونة له أن ينفيه وقيل لا وإذا قلنا بالنفى فقدره حيضة وقيل ثلاثة ولا يمين عليه كدعوى العتق وقيل إن اتهم حلف أنه استبرأها فإن نكل لحق به الولد ولم ترد

اليمين. ابن القاسم. ولو أتت أم الولد بولد فإن نفاه بالاستبراء انتفى وإلاَّ لزمه ولو أعتقها أو مات عنها فأتت بولد لأمد يلحق فيه لزمه إلاَّ أن يدعى الحى استبراء أو ينفى الولد وهو مصدق فى الاستبراء وإذا مات سيد أم الولد عتقت وتبعها مالها قال ابن القاسم عن مالك إذا كان بيدها حلى وثياب فهو لها إلاَّ من المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تستمتع بها وتلبسها فى حياته وإن لم تكن لها بينة على أصل العطية ولو قال فى وصيته إذا أقامت على ولدها فدعوا لها ما كان لها من حلى وكسوة وإن تزوجت فخذوه فقال ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك وذلك لها وليس له فى مرضه انتزاع ما كان أعطاها وكذلك المدبر قال القاضى عياض ولأمهات الأولاد أحكام الحرائر فى سبعة أوجه وأحكام العبيد فى أربعة فأما أحكام الحرائر فلا خلاف عندنا أنهن لا يبعن فى دين ولا غيره ولا يوهبن ولا يرهن ولا يؤاجرن ولا يسلمن فى جناية ولا يستسعين، وأما أحكام العبيد ففى انتزاع أموالهن ما لم يمرض السيد وفى إجبارهن على النكاح فى أحد قولين وفى استخدامهن الخدمة الخفيفة وفى الاستمتاع بهن قال وولدها من سيدها قبل حملها منه رقيق وما ولدته بعد كونها أم ولد ففيه ثلاثة قال ربيعة هو حر كولدها من سيدها وقال الزهرى هو عبد وقال مالك هو بمنزلتها يعتق بعقتها من رأس المال لكن يجوز له استخدامه واستئجاره.

تنبيه: إذا باع أم ولده على أنها حرة لم يرد البيع وولاؤه لسيدها وثمنها سائغ له كما لو أخذ مالا على عتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع رد البيع ما لم يعتقها وولاؤها للبائع ويسوغ له الثمن ولو لم يعلم المبتاع أنها أم ولد لرجع بالثمن.

السبب الخامس: المثلة

وهى موجبة للعتق للحديث وشرط سببيتها أن تصدر من بالغ عاقل حر مسلم رشيد لا دين عليه فلا تعتق على صبى ولا مجنون واختلف فى العبد والذمى والسفيه والمفلس فقال أشهب تعتق على العبد والولاء لسيده وكذلك المولى عليه والسفيه والمديان لأنها جناية حدها العتق وقيل لا عتق على مديان ولا عبد وقال ابن القاسم لا عتق على ذمى مثل بعبده النصرانى إلا أن يمثل به بعد الإسلام قالا

ولو كان معاهدا أو حربيا نزل أمان لم يعتق عليه إلا أن يمثل به بعد إسلام العبد. ابن القاسم يعتق على السفيه ولا يتبعه ماله وقال ابن وهب يتبعه ثم رجع ابن القاسم فقال لا يعتق عليه وقال كل من جاز عتقه أعتق عليه ومن ليس فليس. ويستوى فى العتق بالمثلة القن ومن فيه شائبة كأم الولد والمعتق إلى أجل والمدبر ولو مثل بمكاتبه أو جرحه وكانت الجناية مثل ما عليه من الكتابة عجل عتقه وإن كانت أقل عتق بالمثلة وحاسبه فى الجرح بأرشة من آخر نجومه ولو كانت الجناية أكثر من الكتابة اتبع المكاتب السيد بالفاضل ثم المثلة إن كانت بإزالة عضو أو فساده أو فعل به ما شوه خلقه وساء منظره وكان ذلك لا يزول ولا يعود لهيئته وجب العتق والأدب الوجيع وإن كان الشىء يسيرًا أو كثيرًا يمكن إعادته لهيئته أو يبقى شىء يسير لم يعتق ثم حيث قلنا بالعتق فإنما نقوله إذا كانت المثلة عمدا على سبيل العذاب فإن كانت خطأ أو عمدًا على سبيل المداواة أو شبيهة بالعمد مثل أن يحذف بالسيف فيصادف عضوا فيقطعه فلا عتق. ابن القاسم. ولا يعتق إلا بالحكم وقال أشهب بالمثلة.

تنبيه: قال سحنون المعتق بالمثلة يتبعه ماله وقال أصبغ إن استثناه قبل الحكم وقبل أن يشرف عليه لم يتبعه.

السبب السادس: السراية

وإذا أعتق الرجل نصيبه فى عبد قوم عليه بخمسة شروط:

الأول: أن يكون المعتق مسلمًا فإذا كان الشريكان مسلمين توجه التقويم وإن كان العبد ذميًا وإن كانا ذميين والعبد ذمى لم يقوم فإن كان مسلما فروايتان وإن كان أحد الشريكين مسلمًا فإن أعتق المسلم قوم عليه وإن أعتق الذمى فقولان التقويم لأشهب وابن الماجشون ومطرف وعدمه فى المختصر الكبير.

الثانى: أن يكون موسرًا بمال يفضل عن قوته الأيام وكسوة ظهره وقال أشهب إنما يترك له ما يواريه لصلاته وقال عبد الملك يترك له ما لا يباع على المفلس ومن عليه دين بقدر ماله فهو معسر، والمريض معسر إلا فى قدر الثلث، والميت معسر مطلقًا فإذا قال إذا مت فنصيبى حر لم يسر وقيل يقوم فى الثلث ولو كان موسرًا

بالبعض سرى بذلك القدر ولو رضى الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك عند ابن القاسم وفى الموازية له ذلك ولا يستسعى العبد فى عسر المعتق إلا أن يتطوع سيده بذلك ولو رضى العبد بدفع ذلك من ماله فله ذلك وإذا حكم القاضى بسقوط التقويم لإعسار المعتق ثم أيسر لم يقوم وإن لم يدفع ذلك إلى الحاكم حتى أيسر فى التقويم روايتان.

الثالث: أن يحصل العتق باختياره أو لتسببه فلو اشترى نصف قريبه أو وهب له فقبله سرا قوم عليه بخلاف الميراث.

الرابع: أن يوجه العتق إلى نصيبه منه أو إلى الجميع فلو قال أعتقت نصيب شريكى لكان لغوا.

الخامس: أن يكون هو المبتدئ للتبعيض فلو كان بعضه حراً لم يقوم ولو كانوا جماعة لكان التقويم على الأول وإذا تكاملت الشروط عجلت السراية فى إحدى الروايتين وأظهر الروايتين أنها إنما تكون بالتقويم ودفع القيمة وعلى الأولى فتعتبر القيمة يوم العتق وعلى الثانية يوم الحكم فإن أعتق نصيبه ونصيب شريكه دفعة فيوم العتق.

السبب السابع: القرابة

والذى يعتق عليه من قرابته إذا ملكهم أصوله وإن علون وفصوله وإن سفلوا وفصول أول أصوله الأعلين وهم الإخوة والأخوات. واحترزنا بالأعلين عن أبنائهم وألحق ابن وهب بذلك العم وروى أن كل ذى رحم محرم بالنسب ممن لو كان امرأة لم ينكحها يعتق بذلك وروى لا يعتق عليه لا أصوله وفصوله خاصة.

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: فى الولاء:

وهو مأخوذ من الولى وهو القريب وهو ثابت لمن ثبت له ثواب العتق بأى وجه كان فيثبت لمن أعتق ناجزاً أو غير ناجز بعوض أو بغير عوض باشر العتق أو تسبب

فيه ويثبت له ولاء عبده الكافر ويرثه إن مات مسلمًا فإن مات كافرًا وترك وارثًا فخمسه لبيت المال، لولده خاصة، لولده ووالده، لولده وأخوته، لكل من يرثه بالقرابة وهو مذهب المدونة. وإن لم يترك وارثا فثلاثة قال ابن القاسم لجماعة المسلمين ولمولاه ولمن يطلب ميراثه من أهل دينه. ولو أعتق الكافر عبده المسلم فولاؤه للمسلمين ولا يرجع إليه إذا أسلم ولو أعتق الكافر عبده الكافر فأسلم ثم أسلم سيده فولاؤه له ولو مات قبل إسلام سيده ورثه أقرب الناس إلى سيده من المسلمين ولو قال لعبده أنت سائبة فقال ابن القاسم يكره ذلك ابتداء فإن وقع وأراد به الحرية فولاؤه للمسلمين وقال أصبغ: لا يكره كعتقه عبده عن غيره وهو حر وإن لم يرد الحرية وقال ابن الماجشون لا يجوز فإن فعل فولاؤه له ولو أعتق عبده على أن ولاءه لفلان فولاؤه له وشرطه باطل ولو قال أنت حر عن فلان وولاؤك لى فولاؤه لفلان وشرطه باطل وثمرة الولاء المنصرة ولذلك كان للعصبة دون النساء فلا ولاء لامرأة إلا ولاء من باشرت عتقه أو من جره ولاؤه لها بولادة أو عتق ويفيد ولاية النكاح وحمل العقل والميراث ويثبت الولاء بالإقرار فإن أقر أن فلانا أعتقه وفلان يصدقه فولاؤه له وبالشهادة التامة دون الشاهد واليمين ولو شهد عدلان بأن هذا الميت مولى فلان لا يعلمون له وارثا سواه لم تتم الشهادة حتى يقولا أنه أعتقه أو أعتق أباه ويشهدان على إقرار الميت بذلك قال أشهب وإن لم يقدر على كشف الشهيدين عن ذلك قضى له بالمال والولاء قال ابن يونس وهو وفاق لقول ابن القاسم وإنما تكلم ابن القاسم على أنها حضور ولو شهد رجلان بالسماع بأن هذا الميت مولى فلان أعتقه تأنى الإمام فإن لم يأت له مستحق قضى له بالمال مع يمين الطالب قال مالك ولم يجز بذلك الولاء قال أشهب يكون له ولاؤه وولاء ولده بعد التأنى ورواه عن مالك وقال ابن القاسم عن مالك يؤخذ بذلك المال ولا يثبت له نسب ولا ولاء. ابن المواز. ولم يعجبنا ذلك وأكثر قول ابن القاسم وأشهب أنه يقضى بالسماع فى الولاء والنسب قال ابن القاسم ولو شهد واحدة بالسماع لم يستحق من المال شىء.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا ادعى رجل حرية الأصل ولم يتقدم عليه حوز لم يكن لمدعى رقه مقال إلا

بالشهادة ولم يكن له عليه يمين ولو قام له شاهد واحد حلف معه واستحقه وإن تقدم له عليه حوز وعرف ذلك لم يكن للعبد مقال ولو قال العبد أنا لفلان فهو لحائزه وإذا ادعى على سيده أنه أعتقه لم تكن عليه يمين فإن قام للعبد شاهد حلف السيد وكذلك إن قام له بذلك امرأتان وكذلك الأمة فإن أبى أن يحلف وقف على عبده وعن أمته قال ابن القاسم وسجن فإن طال سجنه خلى سبيله ودين ورأى مالك أنه يسجن أبدًا حتى يحلف وعنه أيضًا أن السنة طول فيخرج عقبها وإذا جحد السيد فاستغله زمانا أو وطئ الجارية ثم ثبت العتق لم يرد الغلة قال ابن القاسم ولو أقر ردها ويحد فى وطء الأمة وقال أشهب البينة كالإقرار إلا فى الوطء وقيل حكمه حكم الحر مطلقًا فيرد الغلة ويؤدى أرش جرحه ويحد لقذفه ولو قال أعتقتك أمس على مال وقال العبد على غير مال فالقول قول العبد ويحلف وقال أشهب قول السيد.

وإذا تنازعا فى أصل الكتابة أو التدبير فالحكم ما تقدم فى العتق وإن تنازعا فى قدر الكتابة ففى قبول قول السيد أو العبد قولان لأشهب وابن القاسم وإنما قبل ابن القاسم قوله إذا ادعى ما يشبه وإن اختلفا فى حلول نجم فالقول قول المكاتب وكذلك إن اختلفا فى قدر الأنجم قاله ابن القاسم ولو اختلفا فى التعجيل والتأجيل فالقول قوله أيضًا.

* * *

كتاب الجناية

وهى عبارة عما يحدثه الإنسان على نفسه أو على غيره مما يضر به حالاً ومآلاً. وهى مأخوذة من اجتناء الثمار باليد.

ومتعلقاتها ست: الأديان والنفوس والأموال والأنساب والأعراض والعقول.

وحفظ هذه الكليات متفق عليها فى جميع المال.

الأديان

وينحصر الكلام فيها فى فصلين:

الأول: فى التعريض للجناب العالى أو لأحد من عباده المصطفين:

ولا خلاف بين الأمة أن التعرض لله تبارك وتعالى بالسب كفر وأن فاعل ذلك حلال الدم قال ابن القاسم يقتل ولا يستتاب إلا أن يرتد إلى دين قال ومن سبه من أهل الذمة بغير الوجه الذى كفر به قتل ولم يستتب وقال جماعة من أصحابنا يستتاب المسلم والذمى فإن تاب وإلا قتل ومن سب ملكا من الملائكة قتل قاله سحنون وسعيد بن سليمان قاضى قرطبة وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل غضبان كأنك وجه ملك إن عرف أنه قصد ذم الملك قتل وكذلك الحكم فى ذم الأنبياء عليهم السلام ومن سب رسول الله ﷺ أو عابه أو ألحق به نقصا فى نفسه أو نسبه أو دينه أو خصلة من خصاله أو دعا عليه أو تمنى مضرته أو عيره بما جرى عليه من البلاء والمحنة فهو كافر حلال الدم يقتل ولا يستتاب فإن أظهر التوبة قتل حدا لا كفرا وروى الوليد بن مسلم عن مالك أن حكمه حكم المرتد وقاله جماعة من العلماء قالوا يستتاب فإن تاب نكل وإلاَّ قتل وإن كان ذميا فيقتل أيضًا بلا خلاف إذا صرح بسبه أو استخف بقدره أو وصفه بغير الوجه الذى كفر به فإن أسلم ففى سقوط قتله قولان وطريق ثبوت ذلك الإقرار أو الشهادة التامة العادلة وأما شهادة الواحد واللفيف من الناس فلا يقتل بذلك لكن يجتهد فى أدبه بقدر شهرة حاله وقوة الشهادة وضعفها. ومن جحد الكتب المنزلة أو كفر بها أو لعنها أو استخف بها فهو كافر.

الثانى: فى الردة:

وهى الكفر بعد الإيمان نصا أو ضمنا كالتردد إلى الكنائس والتزام الزنار فى الأعياد وكادعاء النبوءة وكالسحر قال مالك تعلم السحر وتعليمه كفر. واختلف إذا اطلع عليه فقيل لا تقبل توبته إلا أن يأتى تائبا قبل أن يطلع عليه وهو اختيار القاضى أبى محمد وقال ابن عبد الحكم ومحمد وأصبغ هو كالزنديق إذا ظهر سحره قبلت وإن كان مستترًا قتل ولم يستتب قال ابن عبد الحكم وأصبغ وماله لورثته المسلمين ولا آمرهم بالصلاة عليه وإن كان مظهرًا لسحره ولم يتب فماله لبيت المال.

وللردة سبعة أحكام:

الأول: قتله إن لم يتب ويستتاب ثلاثة أيام ويحبس فيها وفى ذلك الإمهال روايتان بالوجوب والاستحباب ولا عقوبة عليه إن تاب.

الثانى: أن ولده الصغير لا يلحق به لأن الولد إنما يلحق به فى دين يقر عليه فإذا قتل بقى ولده مسلمًا ويجبر عليه إن أظهر خلافه فإن غفل عنه حتى عقل ففى إجباره قولان.

الثالث: إيقاف ماله فإن تاب أخذه وقيل يكون فيئا. ابن القاسم. وينفق عليه من ماله أيام الاستتابة دون ولده وعياله فإن قتل فهو لبيت المال.

الرابع: انقطاع العصمة.

الخامس: جنايته فإن قتل مسلمًا أو ذميا فجعله ابن القاسم مرة كالمسلم إن رجع ومرة كالنصرانى وقال أشهب لولاة الدم أخذ الدية من ماله إن عفوا وإن شاءوا صبروا حتى يقتلوه وقال ابن القاسم أيضًا إن قتل مسلما خطأ فديته فى بيت المال وإن قتل نصرانيا أو جرحه اقتص منه وإن قتل مسلمًا عمدًا قتل به وإن جرحه لم يقتص منه وقال ابن المواز الذى آخذ به أنه قتل لم يقتص منه إلاَّ أن يتوب قال سحنون ولو قتل المرتد عمدا فلا شىء على قاتله غير أدب الافتيات وقال ابن القاسم عليه دية الدين الذى ارتد إليه.

السادس: أعماله وهى باطلة وعليه استئناف العمل إن تاب.

السابع: تصرفاته وهى ماضية إن تاب وفى إمضائها بعد الحجر عليه قولان وفى كونه محجورًا عليه بنفس الردة أو الحكم خلاف.

النفوس

ينحصر الكلام فيها فى ثلاثة فصول:

الأول: فى قتل العمد:

وينحصر الكلام فيه فى الموجِب والموجَب.

فالموجِب هو المقتضى للقتل وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع.

أما السبب: فهو القتل العمد العدوان المحض فقيد العمد يخرج الخطأ وقيد العدوان يخرج الاستيفاء وقيد المحض يخرج شبه العمد وهو خاص بالآباء والمعروف من قول مالك أن فيه القود إذا صدر من غير الآباء وقال إنما هو عمد أو خطأ ثم القتل قد يقع بالمباشرة وقد يقع بالسبب وهو أن يفعل فعلا ينشأ عنه الموت كمنعه من الطعام والشراب وكإلقاء السم فى طعامه ونحو ذلك.

وأما الشروط فأربعة:

الأول: أن يكون القاتل ملتزما لأحكامنا فلا قصاص على المحارب الكافر.

الثانى: أن يكون عاقلا فلا قصاص على مجنون ولا صبى وعمدهما كالخطأ بخلاف السكران.

الثالث: أن لا يكون المقتول أذن للقاتل فى قتله عند ابن عبد الحكم قال إذا أكره رجل على قتل رجل فأذن المقتول للمكره فى ذلك لم يكن عليه قتل وذكر ابن سحنون فى كتابه أنه يقتل واتفقوا على أنه إذا أكره على قطع يد رجل فأذن له المقطوع يده فى ذلك أنه لا يقطع ولا دية عليه وهو آثم فى إقدامه وليس على الآمر فى الموضعين شىء وذكر ابن سحنون فى مسألة القتل أنه يؤدب ولو أكره على قتله ولم يأذن له المقتول قتل الآمر والمأمور معا وأمر من لا يستطيع المأمور مخالفته إكراه كالسلطان والسيد وأما الأب والمعلم فإن كان الصبى محتلما قتل وحده وإن كان غير محتلم قتل الآمر وحده وعلى عاقلة الصبى نصف الدية.

الرابع: أن يكون المقتول معصوم الدم فلا قتل على قاتل زان محصن ولا زنديق. القاتل معصوم الدم إلا من ولى الدم فإن قتله غيره فله قتله.

وأما الموانع فخمسة عشر:

الأول: شرف الدين فلا يقتل مؤمن بكافر قصاصا ويقتل إن قتله غيلة وعليه

ديته فى ماله ويقتل الكافر بالمسلم وبالكافر.

الثانى: الأبوة وهى دارية للقتل عند قيام الشبهة على المشهور وقال أشهب وإن لم تكن شبهة فإذا حذفه بسيف وقال أردت أدبه صدق بخلاف أن يضجعه ويذبحه والأم فى ذلك كالأب ويلحق بهما الأجداد والجدات من قبلهما من يرث منهم ومن لا يرث وبه قال عبد الملك واختاره اللخمى لأن لهم حنانا وشفقة ووقف ابن القاسم فى أب الأب وأم الأب وحيث سقط القصاص فتغلظ الدية.

الثالث: شرف الحرية فلا يقتل حر بعبد وإن كان بعضه حراً أو فيه شائبة حرية ويقتل العبد بالحر وبالعبد ولو صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط بزوال المانع كالعبد يقتل عبدا ثم يعتق القاتل وكالكافر يقتل كافرا ثم يسلم ولو رمى العبد عبدا فعتق بعد الرمى وقبل الإصابة لم يقتل ويبقى النظر فى الدية فابن القاسم اعتبر حال الإصابة كما لو رمى صيداً ثم أحرم ثم أصابه السهم فعليه جزاؤه واعتبر أشهب حال الرمى وبه قال سحنون ثم رجع ولا اعتبار بشرف الذكورية ولا بشرف النسب.

الرابع: تعذر إظهار القاتل مثل أن تشهد البينة على رجل بالقتل وأنه دخل فى جماعة ولم يعرفوا عينه والحكم أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا ويغرمون الدية بغير قسامة ومن نكل منهم كان العقل عليه وقال سحنون لا شىء عليهم كحملان الشهادة.

الخامس: دعوى الولى خلاف ما قاله المقتول من عمد أو خطأ قال أشهب وذلك يسقط حقهم من الدم والقسامة والدية وقال ابن القاسم لهم أن يقسموا على قوله ولم يروه.

السادس: أن يظهر اللوث فى أصل القتل دون صفة مثل أن يقول قتلنى فلان ولم يقل عمدا ولا خطأ ثم يقول بعض الأولياء عمدا وقال البعض خطأ وذلك مانع من القتل ثم يحلف القائلون خطأ ويأخذون أنصباءهم من الدية ومن نكل سقط حقهم ولو قال بعضهم لا علم لنا لم يكن لهم شىء.

السابع: إقامة المدعى عليه البينة أنه كان غائبًا حين القتل.

الثامن: نكول الأولياء عن القسامة.

التاسع: رجوع المدعى عن التدمية.

العاشر: اختيار الأولياء لواحد من الجماعة المدعى عليهم وذلك مسقط للقود عن بقيتهم.

الحادى عشر: عفو المجنى عليه وسواء ثبت الجرح ببينة أو بإقرار أو يضرب مائة ويسجن عامًا.

الثانى عشر: صحة المدمى صحة بينة.

الثالث عشر: حلف بعض المستحقين للدم.

الرابع عشر: ميراث القاتل بعض دمه كرجل قتل أباه فاستحق إخوته ديته ثم مات بعضهم.

الخامس عشر: أن يكون الولى ابن القاتل وقد قال مالك يكره أن يحلفه فكيف يقتله.

تنبيه: قد تكون أشياء من العمد لا قود فيها كالمتصارعين يصرع أحدهما الآخر أو يترامیا بالشىء أو يأخذ برجله على وجه اللعب فيموت قال مالك وفى ذلك الدية مخمسة.

الفصل الثانى: فى قتل الخطأ:

يتعلق النظر فيه أيضًا بالموجِب والموجَب.

فالموجِب: هو القتل، والخطأ هو الفعل بغير مقصد إما مباشرة كسقوطه عليه وكالمرأة تنقلب على ولدها وهى نائمة وشبه ذلك إما تسببًا كإهمال الصئول وإهمال الحائط المائل قال ابن القاسم فى الجمل الصئوم والثور النطاح إذا عرف بالعداء تقدم إلى صاحبه فإن عقر بعد التقديم ضمن كاتخاذ الكلب العقور بموضع لا يجوز له قال ولا يثبت ذلك إلاَّ بعدلين ولا قسامة فيما أصابته العجماء فإن شهد بذلك عدل حلف الولى معه يمينًا واحدًا واستحق ديته فما بلغ الثلث فعلى العاقلة وفى دونه ففى ماله وأما الحائط المائل المخوف إن أشهد على صاحبه ثم أصاب أحدًا فربه ضامن وإن لم يشهد عليه لم يضمن. ابن شاس. قال ابن القاسم لا ضمان على الطبيب ولا على الحجام والخاتن والبيطار إن مات حيوان مما صنعوا إن لم يخالفوا قال مالك ومعلم الكتاب والصنعة إن ضرب صبيا بما يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن وإن ضرب لغير الأدب تعديًا أو تجاوزًا فى أدبه ضمن، وكذلك الطبيب يعالج إنسانًا فيؤتى عليه فإن لم يكن له علم بذلك وإنما فيه دخل جراءة

ومثله لا يعمل ذلك ولا يعرف به قيد منه.

ويثبت العمد والخطأ بالبينة وبالإقرار وبالقسامة مع اللوث:

البينة: إن كانت تامة ثبت بها القصاص فى العمد والخطأ وتثبت الدية برجل وامرأتين ولا يثبت القصاص فى النفس بخلاف الجراح ويثبت القصاص فى الجراح بالشاهد واليمين ويشترط فى الشهادة أن لا تتضمن جرًا ولا دفعا فإن شهد أن هذا جرح مورثه لم تقبل ولو شهد بعض الأولياء بعفو بعضهم سقط القود بإقراره وإن كان غير عدل.

الإقرار: يقبل من الحر ومن العبد فيما فيه القصاص فإذا أقرا بالقتل عمدًا وجب القصاص إلا أن يقرا بعد السجن والضرب ولو عشرة أسواط ولا يقبل قول العبد فى قتل الخطأ ولا فى شىء يوجب غرمًا على سيده إلا أن لا يتهم وقد قال مالك فى صبى تعلق بعبد وأصبعه يدمى فقال هذا وطئ على أصبعى فقطعها وصدقه العبد يقبل إقراره والحر إذا أقر بالقتل خطأ صدق إلا أن يتهم أنه أراد إغناء ورثة المقتول كالأخ والصديق الملاطف فإن كان من الأباعد صدق إن كان ثقة مأمونا ولم يخف أن يرشا، ثم تكون الدية على عاقلته بقسامة فى ثلاث سنين فإن أبوا أن يحلفوا فلا شىء لهم فى مال المقر.

القسامة: موجبة مع اللوث وتوجب القتل فى العمد والدية فى الخطأ ولا قسامة فى الجراح والأطراف ولا فى العبيد والكفار واللوث ما يغلب على الظن تصديق المدعى كالشهادة التى ليست بتامة وكالتدمية ولا خلاف أن الشاهد العدل لوث على معاينة القتل وكذلك شهادته على الإقرار بالقتل عمدا أو خطأ على الأصح وفى شهادة غيره خلاف قال محمد وإنما يقسم مع العدل بعد معاينة جسد القتيل فيشهدون على موته ويجهلون قاتله ولو شهد بذلك شاهد وامرأتان فلا قسامة فيه ويحبس المشهود عليه حتى يأتى شاهد آخر ويثبت الموت وقال أصبغ لا ينبغى للسلطان أن يعجل بالقسامة حتى يكشف فلعل شيئًا أثبت من هذا فإذا بلغ أقصى الاستثناء قضى بالقسامة مع الشاهد الواحد ومثله قاله ابن القاسم وأما التدمية فمثل أن يقول المقتول قتلنى فلان عمدا أو خطأ وذلك موجب يوجب القسامة وإن كان غير عدل بشرط أن يكون حرا مسلما بالغا ثم إن كانت به جراح قبل قوله وإن لم تكن به جراح ولا آثار ضرب ولم يعرف ضره له قبل ذلك فقال ابن القاسم لا

يقبل قوله وبه العمل وقال أصبغ يقبل قوله ولو رمى رجلا ثم أبرأه ورمى غيره لم يقبل قوله فى الأولى ولا فى الآخرة وبه الحكم.

تنبيه: إذا كانت بالمدمى جراح مخوفة سجن المدعى عليه فإن مات أكفل وإن لم تكن به جراح ولا آثار ضرب لم يسجن إلاَّ أن يموت قبل ظهور برئه.

صفة القسامة: أن يحلف الأولياء خمسين يمينًا أن فلان قتل ولينا فلان أو أنه ضربه وقصرت قدماه إن كان قد عاش بعد ذلك ويقتصر على قوله بالله الذى لا إله إلاَّ هو وقال المغيرة يزاد الرحمن الرحيم ويحلف فى العمد من له القصاص من الرجال المكلفين ويحلف فى الخطأ المكلفون من الورثة رجالاً ونساء على قدر مورثهم ولا قسامة فيمن ليس له وارث ولا قسامة إلاَّ بنسب أو ولاء ولا يقسم من القبيلة إلاَّ من التقى معه فى نسب ثابت ولا يقسم المولى الأسفل ولكن ترد الأيمان على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا فإن نكل سجن أبدا حتى يحلف أو يموت وإذا قال ولد الملاعنة دمى عند فلان فإن كانت أمه معتقة أو أبوها أقسم مواليها فى العمد قال أشهب وعصبتها. وأما فى الخطأ فيقسم ورثته بقدر مورثهم من رجال أو نساء ويستكمل من حضر منهم خمسين يمينا وإن كانت من العرب فلا قسامة فيه قاله محمد لأن العرب خولته ولا ولاية للخولة وكذلك من لا ولاية له لأن ولاءه لبيت المال ثم إن كان القتل خطأ وكان الوارث واحدًا حلف خمسين يمينًا متوالية واستحق الدية إن كان ذكرا أو نصفها إن كانت أنثى وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان وإن ترك أكثر وزعت عليهم فإن ترك ذكرًا وأنثى حلف الذكر ثلثى الخمسين والأنثى ثلثها وإن ترك ابنة وعصبة حلفت الأنثى نصفها والعصبة نصفها فإن غاب الولد أو العصبة لم تأخذ الابنة حظها إلاَّ بعد أن تحلف الخمسين فإذا قدم الغائب حلف ما يخصه أن لو كان حاضرًا وأخذ منابه وإذا وزعت الأيمان وبقى كسر جبر على أكثرهم حظا منه وقيل على أكثرهم حظا من الأيمان وإن نكلوا أو نكل بعضهم ردت الأيمان على العاقلة فيحلفون ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل رجل منهم فمن حلف برئ ومن نكل غرم منابه قاله ابن القاسم وهو الصحيح وقال أيضًا يحلف منهم خمسون رجلاً يمينًا يمينًا فإن حلفوا أبرئت العاقلة ومن نكل منهم لزم بقية العاقلة الدية كاملة حتى يتموا خمسين يمينا وإن كان عمدًا فلا يقسم فيه أقل من رجلين فيحلف كل واحد منهما خمسة وعشرين يمينا فإن طاع أحدهما

بأن يحلف أكثر لم يجز وإن كانوا أزيد من اثنين إلى خمسين وهم فى العدد سواء وتشاحوا فى حملها قسمت بينهم على عددهم فإن وقع كسر مثل أن يكونوا عشرين فتبقى عشرة قيل لهم ائتوا بعشرة يحلفونها فإن حلفها منهم عشرة استحقوا الدم وإلاَّ بطل الدم بنكولهم وإذا نكل بعض الأولياء فإن كان ممن لا عفو له فلا اعتبار بنكوله وإن كان ممن يصح عفوه ففى المذهب خمسة والذى فى المدونة أن الدم يبطل قال ابن القاسم وليس لمن بقى أن يحلف ويأخذ حظه من الدية وقال أشهب يبطل الدم ويحلف من بقى ويأخذ حظه من الدية وقال ابن نافع إن كان نكوله على وجه العفو والترك لحقه حلف من بقى ويأخذ حظه من الدية وإن كان على وجه حلف من بقى وقتلوا وقال محمد فرق مالك بين أن ينكل بعد أن يحلف جماعة الأولياء أو قبل ذلك فإن نكل بعد يمينهم لم يسقط حقهم من الدية وإلا فلا قسامة لبقيتهم ولا دية ولا دم ويحلف المدعى عليه خمسين يمينًا إن لم يجد من عصبته من يعينه ويضرب مائة ويسجن عامًا وقاله أصحابه المدنيون والمصريون إلا أشهب.

فإن نكل أحد الأولاد أو أحد الإخوة سقط الدم وإن كان من العصبة فلمن بقى أن يحلف ويستحق الدم وإن كان الجانى أكثر من واحد وثبت الدم بالشهادة قتلوا كلهم وإن ثبت بقسامة لم يقتل إلاَّ واحد قال عبد الملك لأنه لا يدرى أقتله واحد أو الكل وقال المغيرة يقتل الجماعة بالواحد وإذا فرعنا على المشهور فيعينون واحدًا ويقسمون عليه ويقتلونه ويقولون فى القسامة لمات من ضربه ولا يقول من ضربهم رواه ابن القاسم وقال أشهب لهم أن يقسموا على الجماعة ويختاروا واحدًا للقتل ثم يضرب كل واحد منهم مائة ويسجن عامًا.

الموجَب: هو فى العمد القود إن طلبه الولى وإلاَّ فالضرب والسجن إن عفى.

ويتعلق النظر بالمستوفى والمستوفى به ووقت الاستيفاء وأجرة المتولى لذلك.

المستوفى: هو الولى ثم الأولياء إن كانوا رجالا وهم فى العدد سواء فالقيام إلى جميعهم وإذا عفى أحدهم وهم قرباء كالأبناء وأبناء الأبناء سقط وفى سقوطه بعفو أحد الأباعد كالأعمام وبينهم قولان قال مالك وابن القاسم يسقط وروى أشهب أنه لا يسقط إلاَّ باجتماعهم على العفو وإن كان بعض الأولياء أقرب فى القيام والعفو إليه والأقرب الابن ثم ابنه ثم الأب. ابن القاسم لا حظ للأب والجد مع

الولد المذكور واختلف فى الجد مع الإخوة فجعله ابن القاسم كأحدهم فى الخطأ والميراث وقال يحلف ثلث الأيمان.

تنبيه: إذا وكل المقتول من يقوم بدمه فأراد العفو وأبى الأولياء فإن استحق الدم بقسامة فالأمر إلى الأولياء وإن استحق بالشهادة فله الأمر إذا جعل ذلك فى الوكالة إليه وإن كانوا نساء فقال مالك لا مدخل لهم فى الدم والمعروف من قولهم إن ذلك يختص بالبنات وبنات الابن وإن سفلن والأخوات دون بنيهن واختلف فى الأم فقال مالك وابن القاسم لها القيام بالدم وقال أشهب لا قيام لها بحال وإن كانوا رجالا ونساء وهم فى العدد سواء فلا حق للنساء فى قتل ولا عفو وإن كانت النساء أقرب كالبنات مع الآباء إلاَّ باجتماعهم.

المستوفى به: مثل ما قتل به إلاَّ الخمر واللواط وفى السم والنار قولان وقال ابن حبيب لا يقتل بالنبل ولا بالحجارة لأنه من التعذيب قال القاضى أبو بكر الصحيح وجوب المماثلة وإن أدخله فى ذلك فى التعذيب ولو عدل إليه الولى مكن من ذلك لأنه أسهل.

وقت الاستيفاء: غير معين إلاَّ فى المرأة الحامل فإنها تؤخر إذا ظهرت مخائل الحمل لا بمجرد قولها وتحبس فإذا وضعت ووجد من يرضع الولد قتلت وإلاَّ أخرت حتى تجد من يرضعه والأجرة على المستحق فى القتل والجراح والقطع على المشهور.

الموجَب فى قتل الخطأ: الكفارة والدية:

الكفارة: واجبة فى قتل المسلم المعصوم الدم الحر وهى عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب محررة له خالية عن شوائب العتق والعوض كما قدمناه فى الظهار فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يقدر انتظر القدرة وتجب فى شبه العمد إن قلنا بإثباته وتستحب فى العبد والذمى وقاتل العمد إذا عفى عنه وعلى الشريك فى القتل كفارة كاملة وفى استحبابها فى الجنين روايتان لابن القاسم وأشهب قال أشهب ومن ضرب عبده على الأدب فليعتق رقبة وتجب فى مال الصبى والمجنون والدية فى النفس كاملة على أهل العمود مائة من الإبل مخمسة عشرون بنات مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعلى أهل الذهب كأهل الشام ومصر المغرب ألف دينار وعلى أهل الورق كالعراق وفارس وخراسان اثنا عشر ألف درهم فضة خالصة وتغلظ الدية فى شبه العمد

على رواية العراقيين وفى مثل الوالد ولده فعلى أهل العمود مثلثة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وثلاثين خلفة فى بطونها أولادها وفى التغليظ على غيرهم روايتان وإذا قلنا به ففى صفته ثلاثة قال ابن القاسم فى المدونة عليه قيمة الإبل المغلظة ما لم تنقص عن دية مثله وقيل تقوم الإبل المغلظة والمخمسة وينظر كم بينهما فينسب إلى دية الخطأ فإن كان الثلث مثلا زيد على دية مثلها ثلثها وقيل يعرف ما بين القيمتين فيزاد على دية مثله.

تنبيه: تقدم أن العمد فيه القصاص فإن وقع العفو على شىء قل أو كثر جاز فإن وجبت كانت مربعة تسقط ابن اللبون وتجعل خمسًا وعشرين من كل سن وسبب وجوبها العفو على دية مبهمة أو عفو بعض الأولياء على الرواية المشهورة ولا تحمل العاقلة منها شيئًا ودية المرأة على النصف من دية الرجل وكذلك دية اليهودى والنصرانى ودية المجوسى ثمانمائة درهم وعلى أهل الذهب ستة وستون دينارًا وثلثا دينار وعلى أهل الإبل ستة أبعرة وثلثا بعير والمعاهد كالذمى ودية نساء كل صنف نصف دية رجالهم قال مالك ولا دية فى المرتد وقال ابن القاسم وأصبغ فيه دية مجوسى فى العمد والخطأ فى نفسه وجراحه رجع أو قتل وقال أشهب عليه عقل الدين الذى انتقل إليه وإذا ضرب رجل بطن امرأة أو صدرها وأخافها فألقت جنينا فإن ألقته حيا وكانت الجناية خطأ وتراخى الموت عن الاستهلاك فيه الدية بقسامة وإن مات عقيب الاستهلاك فقال أشهب لا يفتقر فى استحقاق الدية إلى الاستهلال وقال ابن القاسم لابد من القسامة وإن كانت الجناية عمدًا فلا قود فيه على المشهور وعمده كالخطأ قال أشهب لأن موته بضرب غيره وديته فى العمد والخطأ على العاقلة وإن ألقته ميتا ولو كان علقة ففيه الغرة إن كان حرًا مسلمًا ونصف الغرة إن كان حرًا ذميًا وفى الجنين عشر قيمة الأم وقال ابن وهب فى جنين الأمة ما نقصها وإذا انفصل الجنين بعد موت الأم فلا شىء عليه وقال أشهب فيه الغرة وتؤخذ الغرة من الحمران وذلك أحب إلى مالك من السودان فإن قلت الحمران بذلك الموضع أخذت من السودان وإن غلت الحمران أخذت من أوسط السودان والقيمة فى ذلك خمسون دينارًا أو ستمائة درهم فإن بذل الجانى القيمة وجب قبولها ويؤخذ الذهب من أهل الذهب والورق من أهل الورق واختلف فى أهل الإبل فقال ابن القاسم ليس لهم فى ذلك مدخل وقال أشهب تؤخذ منهم خمس بنات

مخاض وابن لبون وبنت لبون وحقة وجذعة ويرث الغرة ورثته على فرائض الله تعالى وقال ربيعة هى للأم وحدها وإذا ضرب الرجل بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا يرث الأب من ديته شيئًا ولا يحجب ويرثها غيره.

والدية: تجب على العاقلة إذا كانت الجناية خطأ أو فى حكمه عن غير اعتراف فلا تحمل عمدًا ولا قيمة عبد ولا صلحا ولا اعترافًا ولا دية قاتل نفسه والدية المغلظة على الجانى على المشهور والعاقلة هم العصبة ويدخل فيها الأب والابن وفى دخول الجانى روايتان والديوان يلحق بالقرابة لعلة التناصر فإذا كان فى ديوان حملها عنه ديوانه دون قومه فإن اضطروا إلى معاونة قومه أعانوهم قال أشهب وإنما لا يحمل عنه أهل ديوانه إذا كان العطاء قائمًا وإلا حمل عنه أهله ويلحق بالعصبة أيضًا الموالى الأعلون وبيت المال فإن لم تكن عصبة فعلى معتق الجانى فإن لم يكن فقيل يحمل المعتق الأسفل وقيل لا يحمل شيئًا فإذا لم تكن عصبة ولا موالى فبيت المال إن كان الجانى مسلمًا فإن كان ذميًا فأهل إقليمه من أهل دينه الذين يؤدون معه الجزية فإن لم يستقلوا أضيف إليهم أقرب القرى إليهم من ذكورهم كلها فإن كانوا من أهل الصلح فهى على أهل الصلح ويشترط فيمن تضرب عليه الحرية والتكليف والذكورية وموافقة الدين واليسار وإذا ضربت لم يزل بالعدم وفى الموت قولان ويبدأ بأقرب العصبات فيضرب على كل واحد بقدر حاله فإن بقى شىء فالأقرب فالأقرب يبدأ بالفخذ فإن لم يستقل فالبطن فإن لم يستقلا ضمت إليهما العمارة فإن لم يستقلوا ضمت إليهم الفضيلة فإن لم يستقلوا ضمت القبيلة فإن لم يستقلوا استعانوا بأقرب القبائل إليهم. ابن القاسم. ولا يعقل البدوى مع أهل الحاضرة وإن كانوا قبيلة واحدة إذ لا يكون فى دية واحدة عين وإبل ولا حد للمال الذى يستحق مالكه الضرب لأجله ولا لما يؤخذ من كل واحد وتؤجل الدية على العاقلة فى ثلاث سنين ثلثها فى آخر كل سنة ومبدأ الحول من يوم الحكم ودية العمد إذا عفى عن القصاص حالة فى مال الجانى على المشهور وقيل منجمة كدية الخطأ والدية المغلظة على الجانى معجلة فى ملائه وعدمه وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال هى على العاقلة منجمة.

الفصل الثالث: فى الجراح والأطراف والمنافع:

ولفظ جرح مأخوذ من الاجتراح وهو الاكتساب والشجاج جراح الرأس وهى

مأخوذة من العلو يقال شجت البلاد أى علوتها وأسماء الجراح تسعة يجمعها قول القائل:

تدمى وتحرص سمحاق وباضعة مع التلاحم والملطاة والموضحا
تهشم العظم هشما ثم تنقله إلى الشقيقة ذات الذل والكشح

فعبر بقوله «تدمى» عن الدامية وهى أول الجراح وتسمى أيضًا الدامعة بعين مهملة وبقوله «وتحرص» عن الحارصة بصاد وحاء مهملتين وهى التى تشق الجلد والسمحاق هى التى تقشر الجلد وتكشفه كمساحيق السحاب والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تشقه والمتلاحمة هى التى تغوص فى اللحم كثيرًا فى غير وضع والملطاة بألف مقصورة وهى بكسر الميم وبغيرها أيضًا هى التى تبقى بينها وبين العظم لحم قليل والموضحة هى التى كشفت العظم والهاشمة هى التى هشمت العظم والمنقلة هى التى يحتاج إلى نقل بعض عظامها فى الدواء وعبر بالشقيقة عن التى بلغت إلى أم الرأس وهى المأمومة والجائفة هى التى أصابت الجوف فالقصاص يقع فى كل ما يدمى والذى لا يدمى فإنما فيه الأدب وكل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفس من الجانبين يجرى بينهما القصاص فى الجراح والأطراف وكل ما لا يقتص منه للناقص لشرفه لا يقتص منه فى الجراح والأطراف على المشهور فإذا جرح عبد حرًا فليس له أن يقتص منه وقال ابن عبد الحكم يقتص منه إن شاء ولو قطع الكافر مسلمًا فقال الأستاذ أبو بكر لا يقتص منه فى الأطراف فى ظاهر المذهب وقال ابن عبد الحكم يخير فى القصاص والدية ويعتبر فى توجه القصاص ما تقدم فى القتل من الشروط والموانع. ثم القصاص ثابت فى الموضحة وما قبلها وغير ثابت فى المأمومة والجائفة.

وأما المنقلة فإن كانت فى الرأس فلا قصاص فيها وإن كانت فى غيره ففيها القصاص كالهاشمة إذا كانت فى الرأس فقال مالك لا أرى هاشمة فى الرأس إلاَّ منقلة ولم ير ابن القاسم فيها قصاصًا ورأى أشهب أن يقتص منه موضحة فإن لم يصب العظم هشم فلا شىء له غير ذلك وإن أصابه هشم فذاك والكسر فى الجسد هو المعبر عنه بهاشمة الجسد وما كان منه غير مخوف كعظم العضد ففيه القصاص.

وأما عظم الفخذ والصدر والعنق والصلب فلا قصاص فيه وإبانة العضو فيه القصاص ما لم يكن مخوفا وقد قال ابن القاسم فى الاثنين أخاف أن يكون متلفًا

ويقتص فى الذكر ولو قطع من قطعه لحمة ففيها القصاص.

وأما إزالة المنفعة كالسمع والبصر والعقل فإن ذهبت العين بما لا قصاص فيه كاللطمة والضرب والقضاء إذا لم يدم فانخسفت أقيد له من عينه وإلاَّ فالعقل وإن ذهبت بسراية ما فيه القصاص مثل أن يشجه موضحة اقتص من الموضحة فإن ذهب ذاك فذاك وإلاَّ فالدية فى ماله قاله ابن القاسم وأشهب وقال أشهب أيضًا على العاقلة واتفقوا فى اليد تضرب فتشل أنه يقتص منه فإن لم تشل فالدية فى ماله وتعتبر المماثلة بقطع اليمنى بمثلها وكذلك سائرها وتتعين الدية عند عدم المماثلة ولا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء العديمة النفع اتفاقًا وإن رضيا ولا تقطع الشلاء بالصحيحة وإن قنع بها إلاَّ أن يكون له فيها نفع وعن ابن القاسم إن شاء قطع وإن شاء أخذ العقل وعن مالك ليس له إلاَّ العقل ولو قطعت يده من المرفق فليس له أن يقطع من الكوع وإن رضى المقتضى منه ويقتص من الجرح بغير مساحته فى موضعه فإن شجه موضحة واختلفت رأساهما بالقدر ففى اعتبار قدر الجهة بالمساحة أو بالنسبة إلى قدر الرأسين قولان لابن القاسم وأشهب وعلى قول ابن القاسم إن كانت الشجة أكثر من رأس الجارح فإنه يستوعب رأسه ولا يزاد من القفا.

وأما الخطأ فهو إما جرح وإما إبانة عضو وإما إذهاب منفعة فأما الجرح فما دون الموضحة فليس فيه إلاَّ حكومة وإن برئ على شين فإن برئ على غير شين فلا شىء له وجراح الجسد كلها الموضحة والمنقلة وغيرهما ليس فيها إلا حكومة إن برئت على شين خلا الجائفة وتقدر بعد اندمال الجرح ومعنى الحكومة أن يقدر المجنى عليه عبدًا فيقوم صحيحًا ومجروحًا فما نقص عن قيمته كان على الفاعل بحسابه من الدية والمقدر من الجراح الموضحة والمنقلة المأمومة والجائفة ففى الموضحة خمس من الإبل وهى نصف عشر الدية وفى موضحة والذمى بحساب ذلك وذلك يختص بموضحة الرأس والوجه دون الأنف واللحى الأسفل كما تختص الجائفة بالبطن والظهر وفى المنقلة خمس عشرة وذلك عشر ونصف عشر وفى المأمومة والجائفة ثلث الدية ولم يعرف مالك الهاشمة وقال لا أدرى هاشمة تكون فى الرأس إلا منقلة، قال الباجى: وفيها عند من عرفها عشر من الإبل.

تنبيه: دية المرأة فى الجراح والأصابع والأسنان كدية الرجل ما لم تبلغ ثلث الدية فترجع إلى عقل نفسها.

الأعضاء: والمقدر منها اثنا عشر.

الأذنان: وفى كل واحد نصف الدية فى رواية وفى أخرى حكومة.

العينان: فى كل واحدة نصف الدية وفى عين الأعور الدية وفى القائمة الاجتهاد والضعيفة بسماوى كالصحيحة وبجناية قال مالك له بحسب ما بقى ثم قال إن كان أخذ لها عقلا وإلا فله العقل تام وفى الأجفان حكومة كالحاجبين.

الأنف: إن قطعه من أصله فالدية وكذلك المارن وروى لا دية فيه وهو شاذ يريد وإنما فيه بحسابه من الأصل قاله فى المبسوط وإذا قلنا فيه الدية ففى بعضه من الدية بحسابه كبعض الحشفة ولو قطع شىء من أصله ولم يبلغ المارن فحكومة.

الشفتان: فى كل واحدة نصف الدية وفى البعض بحسابه من الدية.

اللسان: فيه الدية إن انقطع وإلاَّ ففى المقطوع منه حكومة لأن الدية للنطق لا له. وفى لسان الأخرس حكومة.

الأسنان: فى كل سن خمس من الإبل قلعت من أصلها أو من لحمها ويتم عقلها بأحد أربعة أوجه:

الأولى: أن يضربها فتسقط فإن انقطع نصفها فبحسابه وتعتبر من لحمها لا من أصلها والستح من السن وبقية الذكر من الحشفة وبقية الأنف من المارن سواء فى اندراج حكومتها فى عقلها عند الاستئصال.

الثانية: أن يضربها فتسود فإن اسود بعضها فبحسابه ولو انكسر نصفها واسود ما بقى فثلاثة أرباع العقل واصفرارها واحمرارها واخضرارها إن كان كالسواد فقد تم عقلها وإلاَّ ففيه نسبة بعدها من البياض وقربها من السواد.

الثالثة: أن تسقط بعد سوادها وفيه كمال العقل كان اسودادها بجناية أو بأمر حدث فيها وفى الشاغية حكومة.

الرابعة: أن يضربها فتتحرك تحريكًا بينا.

الثديان: من المرأة فيهما الدية وفى الحلمتين إذا بطل مخرج اللبان وكذلك إن أفسده لكن إن أعاد فله استرجاع الدية.

اليدان: فيهما الدية مطلقًا قطعتا من المنكب أو المرفق أو الأصابع وفى كل إصبع عشر من الإبل وفى كل أنملة ثلاثة وثلث وفى الإبهام ثلاث أنامل وإليه رجع مالك وقال أولاً أنملتان وبه أخذ أصحابه والسادسة كغيرها قطعت عمدًا أو خطأ إذ لا

قصاص فيها فى العمد قال ابن القاسم وذلك إذا كانت قوية. قال ولو قطعت اليد كلها لم يزد لها شىء.

الذكر والأنثيان: فى كل واحد بانفراده الدية وقال ابن حبيب فى اليسرى وحدها الدية فإن قطعا معًا قال مالك فى الموازية فيهما ديتان وقال فى الواضحة إن قطع أحدهما بعد الأخرى ففى الثانى حكومة وقال ابن حبيب فى الذكر الدية تقدم أو تأخر وفى الأنثيين الدية إن تقدمتا وإن تأخرتا فلا دية يريد وفيهما حكومة. وذكر الخصى والعنين كغيره وقيل حكومة ويتم العقل بقطع الحشفة وإبطال النسل بما يشرب أو يطعم وما قطع بعد قطع الحشفة ففيه حكومة.

الأسنان: من المرأة فيها حكومة عند ابن القاسم والدية عند أشهب.

الشفران: إذا سلا حتى بدا العظم ففيهما الدية قاله مطرف وابن الماجشون.

الرجلان: كاليدين ورجل الأكرع كرجل غيره إذا كان خفيفًا ولم يكن عن جناية أخذ لها أرشا ويجب فى شلها ما يجب فى قطعها وكذلك اليدان.

المنافع عشر:

العقل: وفيه الدية إن كان مطبقًا فإن كان يذهب فى وقت دون وقت فله من الدية بحسابه.

السمع: فيه الدية وفى إبطاله من أحدهما نصف الدية وإن لم يسمع إلاَّ بها بخلاف عين الأعور.

البصر: وفى إبطاله منهما مع إبقاء الحدقتين كمال الدية والأعمش والأخفش كغيرهما وفى إبطاله من أحدهما نصف الدية فإن نقصت فبحساب ذلك. ابن الحاجب. وإذا ادعى المضروب ذهاب سمعه وبصره صدق مع يمينه ويختبر إن قدر على ذلك وإلاَّ فالظالم أحق أن يحمل عليه.

الشم: فيه الدية إن انفرد فإن ذهب بقطع الأنف اندرجت فيه الدية كالبصر مع العين والسمع مع الأذن وقال ابن الجلاب القياس الديتان.

النظر: فيه الدية وإن بقى الذوق وإن نقص بنقص الكلام فيه من الدية بقدر النقص على الاجتهاد وقال أصبغ تجزئ الدية على حروف المعجم فما نقص من الحروف فله من الدية بقدره.

الصوت: فيه الدية.

الذوق: فيه الدية.

قوة الجماع: إذا ادعى ذهابها وأمكن اختباره اختبر وإلاَّ حلف وأخذ الدية فإن عادت ردها.

الإفضاء: فيه حكومة وقيل الدية وذلك واجب على الزوج كموجبه على غيره ولو أزال بكارة زوجه بإصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شانها مع نصف صداقها وينظر بما شانها عند الأزواج فى حالها وجمالها وأرش ذلك فى مال الأجنبى وكذلك الزوج إذا نقص عن الثلث ولو بلغ الثلث فعلى العاقلة منفعة.

الجلوس والقيام: فيهما الدية ولو بطل القيام فقط فروى ابن القاسم فيه الدية.

وإذا أجذمه وأبرصه أو سقاه ما سود جسمه ففيه الدية حكاه اللخمى.

وقال ابن القاسم فى هدم الصور الدية وقال ابن عبدوس حكومة.

وما عدا ما ذكرنا مما فيه جمال ففيه حكومة.

تنبيه: ما كان من الديات لا تبلغ الثلث فهو فى مال الجانى وما بلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجانى أيضا على الأشهر فعلى العاقلة وما كان من جراح العمد التى لا قود فيها كالمأمومة والجائفة وكسر العجز إن بلغت ثلث الدية فعلى العاقلة وإليه رجع بخلاف قطع اليد وغيرها مما لو كان له قطع ابن شاس قال فى المجموعة والتغليظ فى النفس والجراح عند مالك وأصحابه إذا كان مثل فعل المدلجى فيما شعر منها وعظم قال سحنون إلاَّ أن تكون من الجراح التى لا قود فيها فلا تغلظ وفى المدونة أنها تغلظ أيضًا.

الأموال

وينحصر الكلام فيها فى ثلاثة فصول:

الأول: فى الحرابة:

وهى فعل يقصد به أخذ الأموال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة كإشهار السلاح والخنق وسقى السيكران وقتل الغيلة وإن قتل عبدًا أو ذميًا على ماله فهو محارب ولو دخل الدار فى الليل وأخذ المال مكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب ويناشد المحارب ثلاثًا فإن عاجله قاتله قال مالك وإن طلبوا مثل الطعام

والشراب وما خف أعطوا وقال سحنون لا يناشدوا ولا يعطوا شيئًا قال عبد الملك وليبادر بقتله ومن قتل سارقًا دخل إليه وزعم أنه كابره أو وجده مع امرأته يطؤها فقال محمد لا يقبل قوله ويقتل وتثبت الحرابة بشهادة رجلين ولو من الرفقة إلاَّ أن تضيف الجناية لأنفسهما فتجوز شهادة بعض الرفقاء لبعض شهدوا بقتل أو بأخذ مال فإذا ثبتت الحرابة ترتب عليهما حكمان:

الأول: العقوبة وهو ما ذكره الله تعالى فى كتابه والتعيين موكول إلى اجتهاد الإمام فيفعل من ذلك ما هو الأصلح لا أن يحكم بهواه فما رآه أبلغ فى الردع فعله ويتعين القتل إن قتل وإن عفا الولى والنفى للحر لا للعبد وروى ابن وهب ولا لإنسان قيل فكيف هو قال نفى من مصر إلى الحجاز ومن المدينة إلى فدك وإلى خيبر من الحجاز ويكتب لوالى ذلك الموضع اسجنه أبدًا حتى يتوب قال وليس لحبسه حد قال بعض أصحابنا وأقله عند مالك مسيرة يوم وليلة ويسقط الحد بالتوبة قبل القدرة.

الثانى: الغرم قال سحنون وابن القاسم وحكمه فيما أخذ من المال حكم السارق إن كان وفره متصلا أخذ بما استهلك من مال واستكراه نساء ودية نصرانى وقيمة عبد وإن لم يتصل وفره لم يتبع بشىء وإن لم يقم عليه الحد اتبع مطلقًا.

الفصل الثانى: فى السرقة:

وهى أخذ مال من حرز حائزه لا ملك له فيه عن وجه الخفية.

أركانها: ثلاثة: السارق والمسروق والمحل.

الأول: السارق: بالغ عاقل لا شبهة له فى الملك فيخرج الصبى والمجنون ومن له فى الملك شبهة كالأب والسيد والشريك إذا سرق قدر حصته والغريم إذا سرق جنس حقه وفى السارق من بيت المال أو من المغنم قدر ما يستحقه قولان ويخرج السارق لجوع أصابه وفى خروج الجد للأب قولان لابن القاسم وأشهب وفى خروج العبد قولان لمالك وأبى مصعب.

الثانى: المسروق: اختلف باختصاصه بالمال على قولين. فقال عبد الملك يختص قال فيمن سرق حرًا صغيرًا من حرز فلا يقطع والمشهور أنه يقطع.

ويشترط فى المال ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون مما ينتفع به شرعًا فلا قطع على سارق آلة اللهو إلاَّ أن تكون

قيمتها بعد الكسر نصابًا.

الثانى: أن يكون نصابًا وهو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلاً أو عرضًا يساوى أحدهما على أحد القولين وفى المدونة إنما يقوم العرض بالدراهم.

الثالث: أن يخرجه من الحرز وهو الذى عبرنا عنه بالمحل.

تنبيه: إن طرأ ملك السارق للمسروق قبل خروجه من الحرز لم يقطع وصار كسارق ماله من المستأجر والمرتهن.

الثالث: المحل: وهو الحرز فلا قطع على من سرق من غير حرز وكل موضع لا يعد صاحب المال مضيعًا لماله إذا وضعه فيه فهو حرز وكل شىء معه من يحفظه فحافظه حرز له فأفنية الحوانيت حرز لما وضع فيها للبيع وإن كان هناك حانوت كان معه صاحبه أو لا ومربض الدابة حرز لها إذا كان متخذًا لذلك كفنائه وباب داره وموقف الشاة فى السوق حرز وإن لم تكن مربوطة وظهر الدابة والرحل حرز لما عليها والسفينة حرز لما فيها فإن سرقت السفينة نفسها وكان معها أحد فهو حرزها كالدابة بباب المسجد وغيره يكون معها أحد وإن لم يكن فهى كالدابة إن كانت مرسية فموضعها حرزها وإن كانت سائبة فلا حرز لها والمسجد حرز لبابه وسقفه وفى قناديله وحصره خلاف وهو عند ابن القاسم حرز لها والحمام ليس بحرز للثياب إلاَّ أن يكون معها حارس أو ينقب أو يتسور الثوب المنشور على الزقاق ليس فى حرز وقال ابن القاسم هو فى حرز واضطربت الرواية فى حبل الصباغ والقصار والدار ذات البيوت والفندق المأذون فى ساحتها إن أخرج السارق من بيوتها شيئًا إلى ساحتها قطع مطلقًا عند محمد وقال سحنون إن كان من سكانها قطع وإلا لم يقطع حتى يخرج من بابها واتفقا على أن الساكن إن أخرج شيئًا مما فى الساحة فى بابها أنه لا يقطع وغيره يقطع.

• اللواحق:

وهى شيئان: العقوبة والضمان بعد ثبوتهما بالشهادة التامة وبالإقرار ولا تقبل الشهادة مجملة حتى يسألهم القاضى عن القدر فإن بين أحدهما وأخرجها فإن غاب قبل السؤال لم يقطع وشرط الإقرار أن يكون طوعًا وأن يتمادى عليه وإن أقر بعد أن هدد فقال مالك لا يؤاخذ به وقال سحنون إن كان السلطان يعدل فسجنه فأقر فى السجن ألزم. قال لا يعرف هذا إلاَّ من ابتلى به وقال ابن القاسم إذا

أخرج المتاع والقتيل لم يلزمه إلاَّ أن يقر بعد أمن من العقوبة ويعرف ذلك أو يعزو ويحضر بأمر يعرف وجه ما أقر به.

العقوبة: القطع وذلك للإمام ومحلها اليد اليمنى من الكوع ويكوى موضع القطع فإن عاد قطعت رجله اليسرى فإن عاد قطعت يده اليسرى فإن عاد قطعت رجله اليمنى فإن عاد عزر وحبس وقال أبو مصعب يقتل.

الضمان: ويجب عليه رد ما أخذ إن كان قائمًا وإن كان تلف وكان دون النصاب رد مثله أو قيمته ويتبع بذلك إن كان معسراً وإن كان نصابًا فقال غير واحد من الموثقين الحكم كذلك والمشهور التفصيل قال القاضى عياض إذا قطع وهو عديم وذهب عين ما أخذ لم يضمن ولا يجمع عليه عقوبتان قطع وغرم وكذلك إن طرأ عليه الغرم من يوم السرقة إلى يوم القطع وإن كان اليوم موسراً هذا هو المشهور واشترط أشهب تمادى العسر إلى يوم الحكم.

الفصل الثالث: فى جنايات العبيد والجناية عليهم:

وإذا جنى العبد خير سيده فى افتكاكه وإسلامه والجناية على العبد كالجناية على المال فيوجب الأرش على الجانى ويكون للسيد ابن القاسم وما جنى على أم الولد أو المدبرة فالعمل للسيد فإن كانت هى الجانية فقال مالك أحسن ما سمعت فى جناية أم الولد أن يلزم السيد الأول من أرش جنايتها ومن قيمتها يوم الحكم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا قال وكذلك ما استهلكته بيدها أو اختلست فعلى السيد فيه الأقل كما ذكرناه قال مالك ولا يقوم ولدها معها وإن ولدت بعد الجناية قال وتقوم أمه بغير مالها وقيل بمالها قال مالك وأحسن ما سمعت فى جناية المكاتب عمدًا أو خطأ أنه إن ودى جميع العقل حالاً وإلاَّ عجز وخير سيده فى إسلامه رقيقًا أو يقومه بالأرش ويبقى له رقيقًا وجناية المدبر فى خدمته فإن كان له مال دفع منه إلاَّ أن يكون مديانًا فالغرماء أحق به فتكون فى خدمته ولو جرح واحدًا فأسلم السيد له خدمته ثم خرج آخر تحاصا فيها الأول بما بقى له والآخر بقيمة جنايته بخلاف القن فإنه يخير كما خير سيده فى إسلامه أو فكاكه لأنه ملكه لما أسلمه سيده والأول لم يملك الخدمة لأنها إنما تكون شيئًا بعد شىء وخرج فيها شىء آخر وهو تخيير الأول بين أن يفديه ويختص بالخدمة أو يسلمه فيبطل حقه منها قال مالك وإذا جنى المدبر خير سيده فى افتكاكه بجميع الجناية ولا يتبعه بشىء أو

يسلمه لذى الجناية فيستحقه فإذا استوفى رجع إلى سيده مدبرًا وإن مات قبل وفائها ولا دين عليه أعتق فى ثلثه واتبع بقيمة الجناية وإن عتق بعضه اتبع بحصة ذلك وخير الورثة فى إسلام ما رق منه أو فدائه بجميع الجناية.

الأنساب

وصيانتها بالحد ويتعلق النظر فيها بالموجِب والموجَب.

الموجِب بكسر الجيم هو الزنا وفى معناه اللواط.

ويشترط فى توجه العقوبة سبعة شروط:

الأول: البلوغ فلا يحد الصبى ولا الصبية ولكن يعاقبا ولا تحد المرأة البالغ بوطء الصبى ويحد البالغ بوطء الصبية التى يوطأ مثلها قاله فى المدونة وقال ابن القاسم يحد إن كانت بنت خمس سنين وأوجب فى المدونة الحد بالإنبات ولم ير ابن القاسم بذلك.

الثانى: أن يكون مسلمًا فلا حد على النصرانى ويرد إلى أهل دينه ويعاقب إن أعلن وقيل يحد حد البكر وإن زنا بمسلمة عوقب وقيل يحد، قال ربيعة: وذلك نقض للعهد.

الثالث: العقل فلا يحد مجنون ويعاقب إن لم يكن مطبقًا إن كان فى حالة ترجوه العقوبة وتحد المرأة إن كانت عاقلة كالعاقل فالمجنونة.

الرابع: الطوع فلا حد على المكره ولها الصداق كاملاً فإن كان الوطء عديمًا فهو على المكره ولايرجع به على الوطء.

الخامس: أن يكون عالمًا بالتحريم على قول أصبغ فلا حد عنده على الأعجمى وحديث العهد بالإسلام والمشهور الحد.

السادس: أن يكون وطؤه فى فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق فلا حد فى وطء بين الفخذين ولا فى استمناء ويؤدبان ولا فى المساحقة وفيها الاجتهاد وقيل يجلدان خمسين خمسين وفى عمد وطء المرأة فى دبرها زنا أو لواطًا قولان ويحد من زنا بميتة على الأصح ولا حد على من أتى بهيمة على المشهور ولكن يعاقب ولا حد فى نكاح المتعة على المشهور ولا على نكاح المعتدة إذا وطئها فيها على

الأصح ويحد ناكح الخامسة والمثلثة قبل زوجها وكذلك سائر المحرمات المتفق على تحريمها فإن ادعى الجهل ومثله يجهل ذلك لم يحد وقال الشيخ أبو إسحاق وكل ما حرم القرآن لسبب ويحل بزوال ذلك السبب ففى الحد به قولان وكذلك الخامسة لأنها تحل بطلاق واحدة من الأربع وقولنا باتفاق يخرج النكاح بلا ولى أو بغير شهود إذا استفاض.

السابع: الإحصان بالنسبة للزنا فى الفرج دون اللواط ويحصل بخمسة أوصاف الحرية والتزويج والوطء المباح والإسلام والتكليف فإذا زوج عبد حرة حصنها كما يحصن الحر الأمة الزوجة أما العبد فى نفسه فلا يكون محصنًا ولا اعتبار بالوطء الفاسد كوطء الحائض والصائمة والمحرمة عند ابن القاسم وقال عبد الملك يحصن ولا اعتبار بوطء الملك ولا بالوطء فى النكاح الفاسد ووطء الصغيرة لا يحصن البالغ، ووطء الصغيرة يحصن البالغ. قال ابن عبد الحكم: إن كانت تطيق الوطء، وإن كان أحدهما مجنونًا فالعاقل محصن عند مالك وابن القاسم والزوجة النصرانية تحصن المسلم ويثبت الزنا بالشهادة حسبما تقدم فى كتاب الشهادات وبالإقرار وبظهور الحمل ويكفى فى الإقرار المرة الواحدة إن تمادى عليها فإن رجع لشبهة أو لأمر يعذر به قبل منه وإن أكذب نفسه فروايتان وأما الحمل إذا ظهر بحرة أو أمة ولم يعلم لها زوج ولا سيد يقر بوطئها بل منكر له والحرة ليست بغريبة فإنها تحد وإن قالت هو من زوج طلقنى أو غاب عنى إلاَّ أن تكون طارئة وكذلك إن قالت كنت مكرهة إلاَّ أن تظهر أمارة تصدقها مثل أن يرى بها أثر دم أو يسمع لها صياح أو استغاثة أو ما أشبه ذلك.

وأما الموجب فنوعان: جلد ورجم، الجلد: يختص بالبكر وهو مائة للحرة، ونصفها لمن فيه شائبة رق ويزاد الذكر الحر التغريب عامًا فيبعث إلى غير بلاده ويكتب لقاضيها فيحبسه بها عاما ونفقته وكراؤه فى ماله وكذلك المحارب إذا نفى فإن لم يكن له مال فمن بيت المال. والمرجع يختص بالثيب ويرجم بأكبر حجر يقدر الرامى عليه ويتقى الوجه وتؤخر الحامل حتى تضع حسبما تقدم فى القصاص وإقامة الحد للإمام وللسيد أن يعتمد فى عبده وأمته على البينة أو الإقرار أو ظهور الحمل وفى حده لهما بالرؤية روايتان فإن كان لعبده زوج حرة أو كانت أمته زوج لحر لم يقمه غير الإمام ولا يقيم السيد حد السرقة ولا يقيم عليه القصاص.

الأعراض

وصيانتها واجب إجماعًا بما يقمع الناس عن ذلك وهو نوعان حد وتعزير.

الحد: للقاذف وهو ثمانون جلدة للحر وأربعون للعبد ويتوجه ذلك بخمسة شروط:

الأول: أن يكون القاذف مكلفًا فلا حد على صبى ولا مجنون ولا مكره.

الثانى: نفى الشفقة قال ابن محرز ومن عرض لولده بالقذف لم يحد لبعده عن التهمة وسئل بعضهم عن سب عم الرجل له وخاله فقال لا أرى عليهما شيئًا إذا كان على وجه الأدب.

الثالث: أن يكون المقذوف محصنًا والمراد بالإحصان هنا أن لا يكون ممن يتهم بالفاحشة ومظنة ذلك البلوغ والعقل والإسلام والحرية والعفاف فلا حد على قاذف صبى بخلاف الصبية على الأصح ولا على قاذف مجنون مطبق ولا على قاذف عبد ولا كافر ولا على قاذف من ليس بعفيف قال الأستاذ أبو بكر معنى العفة أن لا يكون معروفًا بالقيان ومواضع الفساد والزنا ولو قذف رجلاً معروفًا بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف حد له إذا كان غير معروف بما ذكرناه ثم إذا لم يوجد الإحصان وصدر من مكلف عزر ولم يحد. ويسقط الإحصان بكل وطء موجب للحد وإن طرأ بعد القذف بخلاف الحرام الذى لا يوجب ثم إذا سقط لم يحد ولو صار عدلا.

الرابع: إمكان الوطء فلو كان المقذوف مجبوبًا قبل البلوغ لم يحد قاذفه كالحصور بخلاف من جب بعد البلوغ أو بخلاف العنين.

الخامس: أن يكون اللفظ دالا على معنى الزنا واللواط إما نصا وإما لزومًا فالنص كل لفظ مشتق من الزنا أو اللواط واللزوم كالتعريض والنفى فالأول مثل يا زان يا لائط فلو قال له يا زان فيقول له الآخر أنت أزنى منى فيحدان معًا والتعريض كقوله أما أنا فلست بزان ولو قال زنت يدك أو عينك فتعريض عند ابن القاسم فيحد وقال أشهب لا يحد ولو قال يا بغل فقيل يحد ولو قال لنفسه أنا بغل حد لأنه قذف أمه وكذلك أن انتسب لغير نسبه أو إلى بطن أو عشيرة غير بطنه

وعشيرته فإنه يحد لقذف أمه وهذا يكون فيمن عرفت قبيلته وعرف نفسه أما من انتسب لأبيه وجده وذكر أنه من قبيلة وانتسب لها ويقول أخبرنى بذلك عن جدى ولا يسمع من أبيه ولا من جده أنه انتسب لذلك ولا نفاه فلا يحد ويصدق وقد ذكر معنى ذلك ابن رشد والنفى كقوله لست لأبيك وشبه ذلك فإذا قال لحر مسلم لست لأبيك قال مالك يحد وإن كان أبواه لا حد على قاذفهما ولو كان عبدًا أو نصرانيًا لم يحد وإن كان أبواه حرين مسلمين وألحق فى ذلك الأم ويثبت بالإقرار أو بالشهادة التامة فإن قام له شاهد واحد حلف القاذف فإن أبى سجن حتى يحلف ولا يمين عليه بمجرد الدعوى والقيام للمقذوف فإن كان غائبًا قريب الغيبة كوتب بذلك وإن كان بعيدًا قال ابن القاسم فى الواضحة ذلك للولد فى أبيه وأمه وليس ذلك لغيره وقال فى الموازية لا يقوم بذلك الابن ولا غيره وإذا قلنا لا يحد فلا يسجن على ظاهر المدونة وقال ابن الماجشون يسجن حتى يقدم فإن مات فذلك لوارثه فإن أوصى بأن لا عفو لهم لم يكن له عفو وإن عفا فلا كلام وإن لم يقل شيئًا فالخيار للولى.

التعزير: متوجه على من ينقص الناس مثل يا سارق إلاَّ أن يقول سرقت متاعى وهو ممن يتهم ويا شارب الخمر ويا آكل الربا ويا خاين ويا ثور ويا حمار ويا ابن الحمار أو يا يهودى ولو قال يا مخنث حلف ما أراد قذفًا وعزر فإن نكل حد وبالجملة فكل لفظ فيه تنقص وعار ففيه الأدب على قدر الاجتهاد بقدر القائل والمقول فيه والقول ومن نسب إليه لا يوجب حد الزنا أو شيئًا من المعاصى فإنه يؤدب أيضًا على قدر الاجتهاد. وعن مالك فيمن يتهم بالفاحشة يضرب خمسة وسبعين سوطًا ولا يبلغ به الحد وفى وثائق ابن القاسم إن شهد فى الرجل أنه من أهل الدعارة والشر والتخليط والفسق والمصاحبة لأهل الفساد والمجانبة لأهل الخير والسداد عوقب وأطيل سجنه حتى تظهر توبته.

العقول

وصيانتها بالحد فى شرب الخمر والنبيذ وهو ثمانون وفى الحشيشة الاجتهاد وذلك إذا كان شاربها حرًا مكلفًا فإن كان عبدًا جلد أربعين ويحد الجاهل بالتحريم

وإن كان حديث عهد بالإسلام رواه محمد عن مالك وأصحابه إلاَّ ابن وهب فإنه قال إن كان كالبدوى الذى لا يقرأ ولا يعلم ويجهل مثل هذا فلا يحد ولا يجلد حال سكره قال اللخمى فإن فعل لم يجزه إن كان طافحًا وإن كان خفيفًا أجزأه ويضرب بسوط معتدل ضربًا بين الضربين قاعدًا وتحلا له يداه ويضرب على الظهر والكتفين ويجعل على المرأة ما يسترها ولا يقيها ولا يجلد فى الحر والبرد الشديدين اللذين يخشى عليه فيهما الهلكة ويؤخر المريض إلى برئه ويثبت بالإقرار والشهادة الرائحة والاستنشاق يشهد بالرائحة من يستنشقها. ابن القاسم. وأحب إلى أن يستنشقها اثنان فإن شهد بذلك واحد أمره الحاكم حد وإن لم يكن أمره فلا حد.

تنبيه: لا يسقط الحد بالتوبة ولا بطول الزمان ثم الحدود إن كانت من جنس واحد تداخلت كالسرقة إذا تعددت فكذلك الزنا والقذف فمتى أقيم من هذه الحدود شىء أجزأ عن جميع ما تقدم من جنس تلك الجناية ثم لا يحد إلاَّ أن يستأنف جناية أخرى.

* * *

كتاب الوصايا

حقيقتها: تصرف المالك فى جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه.

حكمها: الندب على الجملة وقال منذر بن سعيد هى فرض.

حكمة مشروعيتها: تقوية الزاد إلى المعاد.

أركانها: أربعة: الوصى، والموصى له، والوصى به، والصيغة.

الأول: الوصى:

حر مميز مالك لما أوصى به فلا وصية لعبد ولا لغير المميز وتصح من ابن عشر وما فوقها لأنه مميز ولا وصية لمديان استغرق الدين ماله.

الثانى: الموصى له:

شرطه أن يكون قابلاً للملك غير وارث وأن يقبل الوصية إن كان معينا وكانت بغير العتق فتصح الوصية للحمل ولحمل سيكون فإذا استهل صارخًا صحت وتصح للمسجد وإن كان غير قابل للملك لأن القصد الصرف فى مصالحه وتصح للميت إذا كان الموصى عارفًا بموته وتصرف فى ديونه ثم لورثته وإن كان غير عالم بطلت وإذا أوصى لوارث وأجاز ذلك الورثة قبل الموت ثم قاموا بالرد نظر فإن كانت إجازتهم فى صحة الموصى وقبل جريان ما يظن به موته من مرض أو سفر أو غرق فلهم ذلك وكذلك إن كانت فى المرض وتخلل ذلك صحته قال ابن كنانة ويحلفون ما سكتوا رضا بذلك وإن أجازوه لجريان السبب فإن كان السبب سفرًا أو غزوًا فروى ابن القاسم أن ذلك لازم وقال ابن وهب لا يلزم وصوبه أصبغ وإن كان مرضًا لزم على الرواية المشهورة قال القاضى أبو محمد وذلك فى المرض المخوف قال وإنما يلزمهم إذا كان طوعًا لا خوفًا من إضراره مثل أن يكونوا فى عياله ونفقته أو يكون له عليهم دين أو يكون سلطانًا أو شبه ذلك فإن كان بعض هذه الأوجه لم يلزمهم وإذا أوصى لوارث فحجب أو أوصى لغير وارث فصار وارثًا فالاعتبار بوقت الموت فتصح للأول إذا كان عالمًا بالحجب وإن لم يكن عالمًا ففى الصحة قولان لأشهب وابن القاسم ولو أوصى لوارث فقال إن لم يجيزوه فهو

للمساكين فلم يجيزوه لم ينفذ للمساكين ورجع ميراثا ولو قال هو فى السبيل إلاَّ أن يجيزوه لابنى جاز خلافًا لأشهب وإذا كان الموصى له معينًا فلا بد من قبوله بخلاف غير المعين كالفقراء ولو قال أعتقوا عبدى فلانًا بعد موتى لم يفتقر فى العتق إلى قبول العبد وكذلك إن أوصى له برقبته قال أصبغ وكذلك الجارية وفى المدونة ومن أوصى بجاريته أن تباع ممن يعتقها فأبت الجارية فإن كانت من جوارى الوطء فذلك لها وإلاَّ بيعت وقيل لا يلتفت إلى قولها وتباع إلاَّ أن لا يجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن قال محمد العتق أضر بالجارية الرفيعة يريد إذا عتقت لا تتزوج إلاَّ الأوباش وإن بقيت رقيقًا اتخذها الأكابر ثم لا يشترط فى القبول أن يكون أثر الموت بل يوقف فإن قبل صحت وإلاَّ بطلت ثم إذا قبل دخلت العين الموصى بها فى ملكه من يوم الموت وقيل لا تدخل فى ملكه إلاَّ بالقبول وعليهما الخلاف فى الغلة وزكاة الفطر.

الثالث: الموصى به:

كل ما يجوز تملكه ويشترط أن لا يزيد على الثلث فإن زاد عليه فلوارثه رد الزائد ولو أوصى بالثلث على وجه الضرر ففى المدونة لا تجوز الوصية على الضرر ورأى بعض الأشياخ أن الثلث لا ضرر فيه وإنما الضرر فى الزائد وإن أوصى بمعين كدار والثلث يحملها نفذت ولا مقال للورثة ولو كان له مال حاضر وغائب وتلك العين لا تخرج من الحاضر وتخرج من الجميع فقال فى المدونة لا يدفع ذلك له خشية أن يتلف ذلك المال الغائب فلهم فى ذلك مقال وهم بالخيار بين أن يسلموها له أو يقطعوا له بالثلث من الجميع فيكون شريكًا لهم فى جميع التركة ولو كان أكثر من قيمة العين ثم هل يقطعوا بالثلث فى جميع التركة أو فى العين الموصى بها روايتان وهذه المسألة تسمى بخلع الثلث وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن ترك ثلاثة من الدور وأوصى لرجل بخمسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوه إياها أو يقطعوا له بثلث الميت وإلاَّ يبيع القاضى من دوره بخمسة دنانير قال ولو كانت التركة كلها عروضًا فإنها تباع وتدفع له الدنانير ولا يخلع له بالثلث.

الرابع: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على معنى الوصية ويحصل الاكتفاء بقرينة الحال فلو قال هذا لفلان وفهمت الوصية كان وصية ويلحق بذلك البيع والكراء والهبة

والصدقة فى المرض وما فعل ذلك فى الصحة إن لم يقبضه ولا أقبضه إياه المعطى فى مرضه بطلت وإن أقبضه إياه فهو كالوصية ولو أقر وجعل الإقرار فى الثلث جاز رشيدًا كان أو سفيهًا ثم فى يمين المقر له قولان وقال ابن كنانة إقرار المحجور فى ثلثه وإن لم يوص به ثم الوصية إن كانت فى كتاب وكان قد وضعه على يد رجل ولم يسترده منه صحت وإن استرده ووجد فى تركته بطلت قاله ابن القاسم وقال مالك فى المجموعة فى الذى كتب فى وصيته إن مت من مرضى هذا فعاش بعد سنة ثم مات ووصيته بيده لم يغيرها ولا أحدث غيرها أنها جائزة نافذة وإن لم يقيدها بمرض ولا سفر وإنما قال مهما حدث بى أو إن حدث بى فهى جائزة وإن كانت بيده إذا أشهد عليها وإن كانت بغير كتب وقيدها بمرض أو سفر ثم صح أو قدم بطلت.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها فى أربعة فصول:

الأول: فى مبطلات الوصية وهى ثمانية:

الأول: موت الموصَى له قبل موت الموصِى ثم فى محاصة الورثة بها أهل الوصايا روايتان.

الثانى: ذهاب العين الموصَى بها بموت أو تلف أو استحقاق.

الثالث: موت من يحجب الموصى له عن الميراث.

الرابع: قتل الموصَى له للموصِى عمدًا بخلاف الخطأ فلا يسقط من المال ويسقط من الدية ولو عاش بعد أن ضربه عمدًا ولم يغير فى وصيته ففى بطلانه قولان ولو كان الموصى له صبيًا أو مجنونًا فقتله لم تبطل.

الخامس: انقلاب العصير خمرًا.

السادس: إسلام الوارث العبد الموصَى به لذى الجباية.

السابع: رد الموصى.

الثامن: عدم القبول.

الفصل الثانى: فى الرجوع عن الوصية:

وللموصِى الرجوع وإن قال فى وصيته لا رجعة لى فيها على ظاهر المذهب ثم

إن نص عليها فواضح بعينها وإن أتى بلفظ عام اندرجت وقد يتنزل الفعل منزلة التصريح بالرجوع كالعتق والكتابة والاستيلاد وإن وطئ وعزل فليس برجوع وكالبيع فى المعين فإن اشتراه بعدما باعه عادت الوصية وكدرس القمح وإدخاله فى بيته ولو اقتصر على الحصاد والدراس لم يكن رجوعًا ونسج الغزل رجوع وكذلك تفصيل الثوب قميصًا ولو أوصى بدار فهدمها أو بعرصة فبناها فثلاثة يفرق فى الثالث فيكون البناء رجوعًا بخلاف الهدم وإذا أوصى له بوصية ثم أوصى بأكثر منها من جنسها وهما دنانير أو دراهم، فذلك رجوع عن الأولى وله الثانية ولو كانت الأولى هى الأكثر فقال فى المدونة له الأولى خاصة، وروى له الوصيتان، وإن كانتا من جنسين فله الوصيتان مطلقًا، ولو كانت إحداهما ذهبًا والأخرى فضة ففى إلحاق ذلك بالجنس الواحد أو بالجنسين قولان لابن القاسم، وفى المتيطية: الحيوان والعروض والمكيل والموزون عند ابن القاسم سواء إنما له أكثر الوصيتين إذا أوصى بصنف واحد ووصيته بمعين لرجل ثم أوصى به لآخر ليس برجوع وهو بينهما.

الفصل الثالث: فيما تدخل فيه الوصايا:

وتدخل فيما علم به الموصى دون ما لم يعلم وما يبطل من إقراراته ووصاياه بمنزلة ما لم يعلم به، وما يرجع إليه من عمرى أو حبس من ناحية العمرى ومن عبد آبق يئس منه بمنزلة المعلوم ولو اشتهر عنده موالى عبد وغرق السفينة ثم ظهرت السلامة بعد موته ففى عده كالمعلوم روايتان، وما يبطل من هبة أو صدقة فى الصحة بتراخى القبض إلى المرض فكالمعلوم حكاه فى المتيطية ثم قال ابن القاسم عن مالك إذا تصدق على ولده الصغار والكبار فلم يقبضها الكبار حتى مات أبوهم بطلت للجميع، فإن أوصى بوصايا أخرجت الصدقة من رأس المال ثم تكون الوصايا فيما بقى. ابن زرب. وإذا أقر بدين لوارث لم تدخل فيه الوصايا.

تنبيه: المدبر فى الصحة يدخل فيما علم وفيما لم يعلم. ابن المواز. وصداق المنكوحة فى المرض وإذا ادعى أهل الوصايا أنه علم وأنكر ذلك الورثة وكذلك المدبر فى المرض حلفوا أنهم ما علموا أن صاحبهم علم بذلك، فإن حلفوا بذلك لم تدخل فيه الوصايا وإن نكلوا حلف أهل الوصايا أنه علم ودخلت فيه وصاياهم فإن نكلوا لم تدخل.

الفصل الرابع: فى التبادى:

وإذا ضاق الثلث قدم الأوكد فالأوكد وقد نظم بعضهم ذلك فى هذه الأبيات:

صداق المريض فى الوصايا مقـدم ويتلوه ذو التدبير فى صحة الجسم
وقيل همـا سيان حكمهمـا سـوا وقيل بذى التـدبير يبـدأ فى القسم

القول الأول هو لابن القاسم وعبد الملك، والثانى لابن القاسم أيضًا قالهما سواء ويتحاصان، والثالث لابن القاسم أيضًا وهو ظاهر حكايته عن مالك إذ قال ويقدم المدبر فى الصحة على كل وصية وعلى العتق الواجب.

وإن ضيـع الوصى زكـاة فإنهـا تبدأ على ما بعد هذين فى النظم

يريد أنه إذا فرط فى زكاة عين أو حرث أو ماشية تخرج بعدهما. ابن يونس. وزكاة الفطر ولو علم حلول الزكاة عليه وأنه لم يخرجها أخرجت من رأس المال.

وكفـارتـان بعدهـا لظهـاره وللقتل وهما لا لعمد ولا جرم

يريد بعد الزكاة ولم يبين أيهما يخرج قبل، وقد حكى عن ابن القاسم أنهما سيان لا ترتيب بينهما فإن لم يحملها الثلث أقرع بينهما حكاه ابن يونس.

ويتلوهـا كفـارة الحلـف توبعت
بكفارة الموصى عن الوصم فى الصوم

يريد أن كفارة اليمين بالله تعالى وكفارة من أفطر فى رمضان ووطئ عمدًا ولكن ابن يونس ذكر تقديم كفارة الوصم على كفارتى الظهار والقتل.

ونذر الفتى تلوا لما قـد نظمتـه وما بتل الموصى ودبر فى السقم

ويريد أن النذر مقدم على المبتل فى المرض والمدبر فيه وهو قول ابن أبى زيد وقال ابن شاس بتأخيره:

همـا يتلـون النـذر ثم وصـاته بعتق الذى فى ملكه يا أخا الفهم

أى: أن المبتل والمدبر فى المرض يقدمان على ما أوصى بعتق عبد فى ملكه.

مـع المشترى مـن ملك زيد معينًا ليعتـق عنـه للنجـاة مـن الإثم
ومـا أعتـق الموصى لوقـت حيـاته لشهر ونحـو الشهر مـن أجـل حتم
وإن كـان عتق بعـد مـال مؤجـل تعجله ذو العتق قبل انقضـاء القسم
يساوى بهم عند الحصـاص حقيقـة كذا حكمهم يا صاح فى موجب العلم

يريد أن الموصى بعتقه معينًا مع ما ذكر بعده سواء يتحاصون فى الثلث. ابن

يونس عن ابن أبى زيد. ويخرج بعد كفارة الظهار والصيام والمبتل والمدبر فى المرض إذا كان فى فور واحد، فإن كان بعضهم قبل بعض بدئ بالأول فالأول وقيل يبدأ المبتل وإن كان فى فور واحد وكلمة واحدة، ثم الموصى بعتقه إذا كان فى ملكه ولو أوصى أن يشترى فيعتق وهو بعينه أو أوصى أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه أو يعتق على مال معجل على مذهب عبد الرحمن بن القاسم فهؤلاء يتحاصون.

وبعـــدهم مـــا كـــان عتقًا مؤجـــلاً لبعد من التأجيل فى مقتضى الرسم

يريد أن يوصى بعتق عبده إلى أجل كالسنة ونحوها.

فـذاك مـع الموصى به لكتـــابة وما كان بعد المال يعتق بالعزم

يبـــدون قبـل المشترى بعتاقـة بلا نص تعيين عليـه ولا جرم

يعنى أوصى أن يكاتب أو يعتق على مال يدفعه وقوله بلا نص تعيين يعنى إنما أوصى بشراء عبد يعتق ولم يعينه.

ومن بعـــده الحـج المـوصى بفعلـه وقيل هما سيان فى مقتضى الحكم

وهـــذا التبـــادى نظمـــه نظم لؤلؤ فدونكمـــا نظمًا صحيحًا بلا وهم

ابن يونس. الموصى بأن يكاتب أو يعتق على مال لم يعجله يقدمان على النذر مثل أن يقول: لله على أن أطعم عشرة مـــاكين على مذهب ابن شاس وأما ابن أبى زيد فقدمه على المبتل والمدبر فى المرض، ثم الوصايا بالعتق بغير عينه وبالمال وبالحج وإطعام لقول ابن القاسم أنه إذا أوصى بعتق بغير عينه وبمال الرجل أنهما يتحاصان، وكذلك بمال وبحج ولو أوصى بجزء وبدنانير مسماة فثلاث روايات: التبدية بالجزء وبالتسمية والمحاصة وبها قال ابن القاسم فى المجموعة وتنفيذ الوصية لموصى الميت فإن ادعت امرأة الميت حملا فقال مالك يؤخر التنفيذ حتى تضع، وقال ابن مسلمة وأصبغ وروى عنه ابن نافع أنه لا يؤخر ويعطى صاحب الثلث ثلثه وتؤخر قسمة التركة إلى الوضع وأما الدين فيقضى قبل الوضع قال الباجى: وهو الصحيح وإذا طلب أهل الوصايا والديون بيع التركة وقال الورثة: قوموا علينا فمن طلب البيع أولى عند ابن القاسم وبه الحكم وقال أصبغ: من دعا إلى التقويم وقال سحنون لا يجبر أحد على البيع ولا على التقويم فيما ينقسم ومن دعا إلى القسمة فله ذلك لأنهم شركاء.

كتاب الوصية

حقيقتها: إسناد النظر فى أمور المحجور أو بتنفيذ وصية لثقة مأمون.

حكمها: الوجوب.

حكمة مشروعيتها: الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه.

أركانها: ثلاثة: الموصِى والموصَى له والصيغة.

الأول: الموصِى:

وهو من له على المحل ولاية كالأب ووصيه، واختلف فى الأم وفى أحد الوصيين يوصى بما فى يده، وفى وصى القاضى فأما الأم فقال أشهب ليس لها أن توصى بولدها وقال مالك: يجوز لها ذلك فى اليسير كخمسين دينارًا أو نحوها قال ابن القاسم: وهو استحسان وذلك فيمن ليس له أب ولا وصى، وأما أحد الوصيين يريد أن يوصى لغير شريكه فقال أشهب ويحيى بن سعيد: له ذلك وقال سحنون: ليس له ذلك وإنما ذلك للحاكم إن رأى أن يجعل معه رجلا مكان الميت أو يقره وحده فعل قال اللخمى: وما قاله يحيى بن سعيد ليس هو على المذهب وأما وصى القاضى فليس له ذلك، قاله ابن أبى زمنين وابن الهندى وغيرهما وقال بعض الموثقين: مضى الحكم أنه كوصى الأب فى جميع أموره.

الثانى: الموصى له:

ويشترط أن يكون مكلفًا مسلمًا عدلاً ذا كفاية، فلا تصح لصبى ولا مجنون ولا كافر إلاَّ أن يوصى إليه مثله ابن القاسم لا تجوز الوصية لمسخوط فالذمى أولى، وقال أيضًا: الأصح أن يرى الإمام لذلك وجهًا وقال أيضًا فى العتبية كره مالك الوصية إلى اليهودى والنصرانى وكان قد أجازها قبل ذلك ابن القاسم، إن كان على صلة رحم يكون أبوه نصرانيًا أو أخوه فلا بأس به، ولا تجوز إلى غير عدل ويعزل إن أوصى إليه ولا تصح لعاجز ولا تشترط الحرية فتصح للعبد بإذن سيده إذا لم يخف أن يغلب على ما فى يديه ولو أوصى عبد نفسه فأراد الأكابر بيعه اشترى للأصاغر، ويجوز للأعمى والمرأة وتصح لأم ولده ومدبرته ولو أسندها إلى رجلين نزلت على التعاون فلا يستقل أحدهما، فإن كان أحدهما، مشرفا فله أن

يشرف على أفعال الوصى كلها، ولا يفعل شيئًا إلاَّ بمعرفته فإن فعل شيئًا بغير علمه مضى إن كان سدادًا وإلاَّ رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة بخلاف الوصى والقبول شرط فى تمام الإيصاء، فإن قبل ثم بدا له وكان الموصى حيا فله ذلك وإن كان بعد موته فلا واختار اللخمى ألا يكون له ذلك مطلقًا، ولو امتنع فى حياته ثم قبل بعد مماته لم يكن له القبول إلاَّ أن يرده السلطان بحسن نظر وليس لمقدم القاضى عزل نفسه بعد القبول وإذا قبل الوصى وتصرف فليس له أن ينحل، وفى المتيطية لا ينحل إلاَّ أن يحله شريكه فى النظر بشرط أن تتضمن الوصية أن من عاقه منهما عائق فالباقى منفرد، فإن لم يكن هذا الشرط فلا وللقاضى حل ذلك عنه إذا ظهر له عذره، وإذا أنكر الوصى القبول حلف وبرئ ويجب عليه النظر فى مال يتيمه بالأصلح، ويقضى الديون بعد الموجب ويخرج الزكاة ويدفع المال قراضًا وفى أخذه هو قراضًا قولان ويبيع بالدين إن كان نظرًا قاله ابن عبد الحكم، وينفق فى عرسه ما يصلح بقدر حاله وحال الزوجة، وكذلك فى شأنه فإن خاف التهمة رفع إلى السلطان ويكره أكله من ماله إلاَّ أن يصيب مثل اللبن والتمر والعنب قاله مالك، قال عنه ابن المواز فإن كان مشغولاً بماله أكل بقدر عمله إن كان محتاجًا.

الركن الثالث: الصيغة:

وهى لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تفويض أمر من يلى عليه لغيره كقوله: أوصيت وفوضت والأولى أن ينص الكاتب جميع ما فوض إليه، فإن لم يفعل فقال: فلان وصيى فقال مالك: قد بالغ فى الإيصاء وهى وصية فى كل شىء كمن سميت له الأمور قال ابن القاسم: وفى إنكاح صغار بنيه ومن بلغ من بناته بإذنهن والثيب بإذنها، وقال هو وأشهب فى المجموعة: إذا قال وصيى علىّ ولدى كان له فيهم جميع الأمور من مال وغيره، ويدخل الذكور والإناث وإن عين نوعًا وقصره عليه بالنص قصر عليه وإن سكت عن غيره فروى ابن القاسم أنه يقصر عليه، وروى ابن عبد الحكم أنها وصية فى كل شىء كما لو أطلق ولو شرط أن ابنه إذا بلغ الحلم فهو منطلق من الولاية فقال غير واحد من الأندلسيين: ينطلق بالبلوغ إلاَّ أن يثبت سفهه، وقال ابن المواز وغيره لا ينطلق حتى يثبت رشده.

اللواحق

فيها ثلاثة فصول:

الأول: فى مبطلات الوصية وهى سبعة:

الأول: فسق الوصى وذلك موجب للعزل وقال المخزومى: ليس للقاضى عزله ولكن يشرك معه غيره وقال أصبغ: إن كان غير عدل وهو ممن يرجى حسن نظره كالقريب والمولى جعل معه غيره وقال بعض الأندلسيين: إذا أوصى بتنفيذ ثلثه لسارق أو فاسق لم يعزل وطلب بالإشهاد على تنفيذه.

الثانى: خيانته وذلك مسقط لولايته ويقدم القاضى غيره، فإن كان معه شريك فقال مالك لا يجعل معه أحد إلاَّ أن يضعف، وروى عنه على أنه يجعل معه غيره وإليه مال سحنون.

الثالث: غيبة الوصى غيبة انقطاع وللقاضى تقديم من ينوب عن المحجور، ولا يسقط الإيصاء من يده إلاَّ أن يكون عبداً سافر به سيده فإنه يقيم غيره قاله أشهب قال اللخمى وهو خلاف المعروف من قوله والمعروف أن العبد يقوم مقامه غيره عند سفره من غير احتياج إلى سلطان ولو مات الوصى وكان معه شريك فإن قال الوصى فى وصيته: من عاقه عائق فالباقى منفرد استقل الشريك إلاَّ أن لا يحب الانفراد فإن لم يقبل ذلك نظر القاضى فى الشريك أو الاستقلال.

الرابع: العجز وإذا بان للقاضى عجزه قدم غيره، ولو أراد هو أن يقدم غيره فى حياته لم يكن له ذلك ولكن يوكل من ينوب فى النظر فى أموره، قاله ابن العطار وغيره.

الخامس: زواج المرأة الوصية بالنسبة إلى كون المال بيدها إذا خيف عليه قال مالك: إذا تزوجت فخيف على المال، قال كان لا بأس بحالها لم تكشف عما قبلها وإلاَّ كشفت وإن عزلت الولد فى بيت وأقامت من يخدمهم فهى أولى بهم وإلاَّ نزعوا منها، وفى الطرر إذا كانت صالحة الحال وافرة المال حسنة النظر أقرت بعد أن يحصى المال عندها؛ فإن جهل حالها شرك معها فى النظر من يكون المال عنده ولا يترك عندها؛ لأنها إذا تزوجت غلب عليها ولو أسند إليها الوصية على

أنها لا تتزوج فتزوجت فسخت الوصية قال ابن القاسم: وكذلك لو أوصى لأم ولد بألف درهم على أنها لا تتزوج فتزوجت أخذ منها.

السادس: إفاقة المجنون.

السابع: حسن الحال عند ابن القاسم والمشهور المعمول به أنه لا ينطلق إلاَّ بالإطلاق وذلك للأب ولوصيه، وأما وصى القاضى فحكى المتيطى أن إطلاقه غير جائز، ويعزى للمازرى عكسه، وأما القاضى فيطلق بعد ثبوت الرشد وينبغى أن يستكثر من الشهود قال فى الموازية: ولا يكتفى فى ذلك باثنين حتى يكون فاشيًا وإذا علم الوصى رشد محجوره فلم يدفع إليه ماله ضمنه إن ضاع، وإن ضاع ببينة، وكذلك إن قامت برشده بينة وقت التلف وإن شك فى رشده فدفع إليه المال بغير أمر الإمام ضمنه، ولو رشده لظهور رشده عنده ثم ظهر منه سفه نزع منه ماله وحجر عليه ولو رشده فأفسد ماله وقامت البينة لزمته الولاية ورد فعله وعزل الوصى ولا ضمان عليه؛ لأنه فعل باجتهاده حكاه فى الطرر.

الثانى: فى محاسبة الوصى لمحجوره وقبض المحجور ماله منه:

وإذا رشد المحجور وادعى الوصى إخراج ما كان له بيده من مال فما كان خروجه فى مصلحة حسابه به، مثل أن يقضى ديون الميت بعد الموجب فإن دفع ذلك بغير إشهاد ضمن، ولو أشهد وطال الزمان حتى مات الشهود لم يضمن، وإذا كان هو الحاضن صدق فيما أخرج عنه فى النفقة والكسوة وجميع المصالح التى لا بد له منها إذا وافق السداد فإن كان يأكل معه ولم يبرز له نفقة ومضت له مدة فله قيمة أكله على التوسط من الأكل والسعر وإن أفرز له نفقة من طعام رجع بمكيلة ذلك وإن دفع ذلك للحاضنة عند الدفع عليها شهرًا شهرًا وإن كان حاضن نفسه دفع له نفقة الأشهر ويبرئ وقيل نفقة الشهر ونحوه، فإن دفع له نفقة مدة فأكلها فى أقل منها لزم الوصى أن ينفق عليه فإن عاد لمثل ذلك لم يدفعها إلاَّ لمن يجريها عليه مياومة، وللوصى أن يدفع له مالا يختبره به إن كان ممن يدخل الأسواق ويخالط الناس ويغبط الربح وينكر على المغبون فإن أنكر أن يكون أعطاه شيئًا صدق الوصى وحوسب اليتيم مع نفقاته، وإن تلف من يده لم يضمنه الوصى إلاَّ أن يكون ممن لا يختبر مثله لشدة سفهه فيضمن، وإذا دفع الوصى النفقة من مال نفسه وأشهد أنه يرجع بها على محجوره ولم يكن له مال لم يكن له رجوع

وإن استفاد مالاً، وإن كان له مال رجع وإن لم يشهد فليس له رجوع حتى يحلف أنه ما أسلفه إلاَّ ليرجع به عليه، وإن أسلفه وله مال ناض فليس له رجوع لأنه متطوع لأن اليتيم غير محتاج لسلفه وإنما له الرجوع إذا كان ماله سلعا كسدت أو أصولاً فى بيعها طول وعلى الوصى أن يشهد لمحجوره بما له فى يده فإن أبى جبره الحاكم وإذا حاسب الوصى اليتيم بعد انطلاقه وأشهد بقبض ماله قبله وببراءته برئ ولا قيام له عليه فيما أقر بقبضه، وكذلك فى إسقاط دعاويه عنه قال ابن الهندى: ولا تصلح أن تكون محاسبته له فى عقد الإطلاق ولا فى فوره إذ يتهم أن يكون إنما أطلقه على أنه يبرئه، فإن قام اليتيم وادعى أن ما أقر به ليس على وجهه لم يكن له ذلك إلاَّ أن يثبت أنه حين إطلاق الوصى له بحال سفه، فيرجع إلى الولاية وإن لم يكن عند الوصى مدفع ويسقط عنه ما أشهد به على نفسه تكون تهمة موجبة لعزل الوصى وتقديم غيره.

الفصل الثالث: فى التنازع:

وإذا تنازع الوصيان فأراد أحدهما إطلاق المحجور وأبى الآخر لم ينطلق إلاَّ بإطلاقهما أو بإطلاق الحاكم ولو اختلفا عند من يكون المال فقال مالك: عند أعدلهما ولا يقتسمانه قال ابن القاسم: فإن استويا فى العدالة جعله الإمام عند أحرزهما. ابن الماجشون. فإن اقتسما المال ضمناه، وإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه الآخر وإذا تنازع المحجور مع الوصى فى قدر النفقة فالوصى مصدق فيما يشبه كما تقدم، فإن تنازعا فى وقت موت الأب لأجل كثرة النفقة فالقول قول اليتيم ولو تنازعا فى الدفع فالقول قول اليتيم أيضًا، فإن طال الزمان كالعشرين والثلاثين سنة فهل يكون القول قول الوصى أو لا قولان: الأول: حكاه ابن المواز عن مالك ونحوه حكاه ابن يونس والثانى: حكاه ابن العطار قال وبه القضاء.

* * *

كتاب الفرائض

وتعلمها واجب على الكفاية لقوله عليه الصلاة والسلام: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها أول ما يرفع من الأرض».

حكمة مشروعيتها: رفع التشاجر وإيصال كل ذى حق إلى حقه.

ركناها: الوارث والجزء الموروث.

الركن الأول: الوارث:

من وجد فى حقه المقتضى وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع فالسبب هو النسب والولاء والشرط معرفة القعدد؛ فإن جهل فبيت المال فلو شهد بوفاة زيد وأن وارثه ابنا عميه فلان وفلان لا يدرى شهوده الأقعد منهما من الأبعد لم يرثا شيئًا، وقد غلط بعض الناس فأفتى بأن الميراث يقسم بينهما وأظنه أخذ ذلك من مسألة من طلق إحدى زوجتيه طلقة ومات قبل أن تعرف المطلقة منهما أنهما يقتسمان الميراث والفرق بينهما واضح؛ لأن النكاح سبب للميراث وقد وجد ولم يشترط فى سببيته شرط كما شرط فى النسب من معرفة القعدد والميراث هناك محقق، وحصل الشك فى رافعه بالنسبة إلى أعيان الزوجين وهنا لم يثبت السبب إذ لا يصح أن يكون سببًا إلاَّ مع وجود شرط سببيته فافترقا.

والموانع: سبعة:

الأول: اختلاف الدين فلا توارث بين ملتين.

الثانى: الرق فلا ميراث بين عبد وحر، وإن كان بعضه حرًا أو فيه شائبة من شوائب الحرية.

الثالث: القتل فلا يرث قاتل العمد مطلقًا ويرث قاتل الخطأ من المال دون الدية.

الرابع: اللعان فلا توارث بين الولد والملاعن ويرث أمه وترثه وتوئما الملاعنة يتوارثان لأنهما أخوان لأب وأم ويرثان أمهما وترثهما، وتوئما المغتصبة كتوئمى الملاعنة واختار الشيخ أبو إسحاق أنهما كتوئمى الزانية وتوئما الزانية يتوارثان؛ لأنهما أخوان لأم ويرثان أمهما وترثهما.

الخامس: استبهام التقدم والتأخر كأخوين ماتا تحت الهدم أو فى البحر ويقدر

كل واحد منهما أنه لم يخلف غير أحياء ورثته.

السادس: الإشكال فى الوجود أو فى الذكورية أو فيهما فالإشكال فى الوجود كالمفقود يموت ولده فيوقف منابه منه، فإن مات بالتغيير رجع إلى أحياء ورثته يوم الحكم، والإشكال فى الذكورية أن يترك خنثى مشكلاً وله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وإشكال الذكورية والوجود مثل أن يترك امرأة حاملاً فلا يقسم ميراثه ولا تنفذ وصاياه حتى تضع وقال أشهب: يعجل للزوجة الثمن إذ لا شك فيه وقيل يوقف ميراث أربعة ذكور إذ هو غاية ما تلد المرأة وقد ولدت أم أبى إسماعيل أربعة ذكور محمدًا وعمر وعليًا وإسماعيل، بلغ محمد وعمر وعلى الثمانين.

السابع: الحجب وهو ضربان حجب إسقاط وحجب نقل.

فأما حجب الإسقاط: فلا يلحق من يتسبب إلى الميت لنفسه كالبنين والبنات والآباء والأمهات، ويلحق بهم الأزواج والزوجات ويلحق من عدلهم فالابن يحجب ابن الابن، والقريب من بنى الابن يحجب البعيد والأب يحجب أباه، والأقرب من آبائه يحجب الأبعد والابن وابنه والأب يحجبون الإخوة وهم الجد والأخ الشقيق أو للأب يحجبون بنى الإخوة وكلهم يحجب الأعمام، والإخوة للأم لا يحجبهم إلاَّ عمود النسب الابن وإن سفل والأب وإن علا، والذكر للصلب يحجب بنات الابن والبنتان فصاعدا للصلب يحجبان بنات الابن، إلاَّ أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو تحتهن، والأب والابن وإن سفل يحجبون الأخوات، والأخ الشقيق يحجب الأخوات للأب وكذلك الأختان الشقيقتان إلاَّ أن يكون معهما أخ، والأم تحجب الجدات ما كن والأب يحجب الجدات من قبله، والقرباء من جهة الأم تحجب البعداء من جهة الأب والعصبة المولى وكذلك إذا استغرقت السهام وكذلك مولاة النعمة.

وأما حجب النقل فثلاثة أقسام:

الأول: النقل من فرض إلى فرض فالابن وابنه والأخوان فصاعدًا ينقلون الأم من الثلث إلى السدس، والولد وولد الذكر ينقلون الزوج من النصف إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن، وتنقل الواحدة من بنات الابن على النصف والاثنين على الثلثين إذ السدس للواحدة فوقهن، وكذلك الأخت الشقيقة مع الأخت أو

الأختين للأب.

الثانى: النقل من التعصيب إلى الفرض وذلك يختص بالأب والجد ينقلهما الابن وابنه إلى السدس وكذلك إذا استغرقت سهام التركة.

الثالث: النقل من الفرض إلى التعصيب كالبنات وبنات الابن والأخوات الأشقاء والأخوات للأب يعصبهن الجد والأخ فى درجتهن وبنات الصلب وبنات الابن على ما سيأتى فى محله إن شاء الله، وشذ من هذا القسم مسألة تسمى الغرى وهى زوج وأم وجد وأخت شقيقة أو للأب، ومقتضى ما ذكرناه أن الجد يعصبها أن لا يفرض لها شيء لأن حقيقة التعصيب أن تقسم معه والقسمة تنقص عن السدس فلم يكن له بد من أن يفرض لها النصف فتقود الفريضة بنصفها فتصير من تسعة، فلها أخذ ثلاثة من تسعة وللجد سهم فيرجع عليها فيقاسمها إذ هو معها كأخ، والأربعة لا تقسم عليهما لأن أربعة على ثلاثة غير منقسمة ولا موافقة فتضرب الثلاثة فى كامل الفريضة تبلغ سبعًا وعشرين للجد والأخت أربعة فى ثلاثة باثنى عشر للجد ثمانية ولها هى أربعة، ولو كان مكان الأخت أخ لم يفرض له شيء لأنه عاصب بنفسه، وشذ أيضًا مسألة تسمى الحمارية والمشتركة وهى زوج وأم أو جدة وأخوة لأم وأخوة أشقاء ومقتضى ما تقدم أن لا يكون للأشقاء شيء؛ لأن الزوج يأخذ النصف والأم أو الجدة تأخذ السدس والإخوة للأم يأخذون الثلث فيبقى الأشقاء دون شيء فحكم فيها باشتراك الأشقاء والأخوة للأم فى الثلث على السواء والذكر فى ذلك كالأنثى، ويشترط أن يكونوا أشقاء ذكورًا وإناثًا أو ذكورًا خاصة، ثم إذا وجد المقتضى فلابد من تميز من يرث ممن لم يرث والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابنه وإن سفل والأب وأبوه وإن علا والأخ مطلقًا وابن الأخ الشقيق أو للأب وإن سفل والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع: البنت وبنات الابن وإن سفلت والأم والجدة للأم وأمهاتها والجدة للأب وأمهاتها والأخت مطلقًا والزوجة ومولاة النعمة.

الركن الثانى: الجزء الموروث:

فالابن يورث الجميع إذا انفرد ويقسم مع إخوته بالسواء فإن كانت معه أنثى أو أكثر فللذكر مثل حظ الأنثيين، والبنت لها النصف إن لم يكن ذكرًا وللاثنتين فصاعدًا الثلثان، وابن الابن إذا انفرد، فله الجميع ويقسم مع إخوته للذكر مثل

حظ الأنثيين ويرث مع بنات الصلب ما فضل فإن كن معه أخوات قسموا ما فضل للذكر مثل حظ الأنثيين، وبنت الابن إن انفردت فلها النصف وللاثنتين فصاعدًا الثلثان فإن كانت مع بنت الصلب واحدة من بنات الابن فلها السدس تكملة الثلثين، وإن كن أكثر اشتركن فيه ويسقطن مع بنتى الصلب إلاَّ أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أنزل منهن فيعصبهن، فإن كان بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين، وسقطت السفلى، إلاَّ أن يكون فى درجتها أو أسفل منها ذكر فيعصبها ويعصب من فى درجتها معها، فإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقى معها مقاسمة وسقط الباقى، ولو كانت الطبقة العليا اثنتين استكملتا الثلثين وسقط من بعدهن إلاَّ أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أسفل منهن، والأب يحوز المال إن انفرد فإن كان معه ابن أو ابن ابن ورث السدس بالفرض إن كان معه بنتان أو بنتا ابن فكذلك لكن يرث الباقى بالتعصيب، كما لو كان معه غير من ذكر من ذوى الفروض والأم فرضها الثلث إلا مع الولد وولد الولد، والأنثيين فصاعدًا من الإخوة والأخوات ففرضها السدس فإن كان معها أب وزوج أو زوجة ففرضها بعد إخراج ميراث الزوج أو الزوجة ثلث ما بقى، والجد يحوز المال إذا انفرد وله السدس مع ذوى السهام فإن فضل عنهم شىء أخذه بالتعصيب، فإن كان معه إخوة أشقاء أو لأب فله الأفضل من الثلث والمقاسمة، فإن كان معه أخ شقيق وأخ للأب فإن كان الشقيق يعاد الجد بأخيه ثم يرجع ويأخذ ما بيده وله مع ذوى السهام الأفضل من ثلاثة أشياء: السدس من رأس المال وثلث ما بقى بعد ذوى السهام والمقاسمة، وإذا كان مع الأشقاء إخوة لأب عادوا بهم الجد ثم يأخذون ما بأيديهم ولا يفرض للأخوات مع الجد شىء إلاَّ فى الغراء والجدة فرضها السدس فإن كان معها غيرها شاركها فيه ولا يرث من الجدات إلاَّ اثنتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد والأخوة الأشقاء أو للأب حكمهم حكم الولد، والأخوات حكمهن حكم البنات وحكم الأخوات للأب مع الشقائق حكم بنات الابن مع بنات الصلب، وللأخ والأخت للأم السدس وللاثنين فصاعدا الثلث، ومن اجتمع فيه فرضان يرث لهما معًا فرضًا كبنت هى أخت، وترث بأقواهما بخلاف من يرث بأحد الوجهين بالتعصيب كابن عم هو أخ لأم وإذا عدمت العصبات فالمعتق ثم عصباته

ثم معتقه ثم عصبات معتقه، وهكذا ثم بيت المال.

وأصول الفرائض سبعة: اثنان يخرج منهما النصف وثلاثة يخرج منها الثلث وأربعة يخرج منها الربع والنصف، وستة يخرج منها السدس والثلث والنصف واثنا عشر يخرج منها السدس والثلث والربع والنصف وأربع وعشرون منها الثلث والثمن والربع والسدس والنصف، وما ليس فيها فرض مسمى فأصلها عدد العصبة فإن كان معهم إناث ضعف للذكور والعول يختص بالثلاثة الأخيرة، فالستة تعول بالسدس كأخوات لأب وأخوات لأم وجدة وتعول بالثلث كزوج وأخت لأم وأختين لأب وتعول بالنصف كزوج وأختين لأب وأختين لأم، وبالثلثين كزوج وأم وأختين لأب وأختين لأم والاثنى عشر تعول بنصف سدس كزوجة وأختين شقيقتين وأخ لأم، وتعول بالربع كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة، وتعول بالربع والسدس كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة وجدة والأربعة والعشرون تعول بالثمن لا غير كابنتين وأبوين وزوجة.

تنبيه: بقى الكلام فى العمليات وفيها طول فينافى ما قصدته من الاختصار فلنقتصر على ما ذكرناه والله سبحانه المستعان وعليه التكلان وهو حسبى ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وسلم.

* * *

فهرس الموضوعات

الموضـــــــــوع	الصفحة
ترجمة المؤلف	٣
مقدمة المؤلف	٥
البحث الأول: فى الحكم وأقسامه	٧
البحث الثانى: فى تسمية الفقهاء والأصوليين للأحكام	٩
البحث الثالث: فى بيان ما يعتبر من المصالح	١٠
البحث الرابع: فى بيان ترتيب هذا المختصر	١١
كتاب الطهارة	١٢
الوضوء	١٣
الاستنجاء	١٦
الغسل	١٧
ذكر الحيض والنفاس وأحكامهما	١٨
المسح على الخفين	١٩
المسح على الجبيرة	٢٠
التيمم	٢١
إزالة النجاسة	٢٢
الأحداث والموانع	٢٥
كتاب الصلاة	٢٧
الجماعة	٣١
الجمعة	٣٢
الجَمْع	٣٣
الخوف	٣٤
القصر	٣٤
الاستخلاف	٣٥
السنن	٣٥
الفضائل	٣٧
السهو	٤٠

obeikandl.com

كتاب الجنائز ٤٣
كتاب الزكاة ٤٥
كتاب الصيام ٥٨
كتاب الاعتكاف ٦٣
كتاب الحج ٦٥
كتاب الأضحية ٨١
العقيقة ٨٤
كتاب الذبائح ٨٥
كتاب الصيد ٨٨
كتاب الجهاد ٩٠
كتاب السبق والرمى ٩٥
كتاب الأطعمة والأشربة ٩٦
كتاب الأيمان والنذور ٩٨
كتاب النكاح ١٠٧
كتاب الطلاق ١٢٧
كتاب الإيلاء ١٣٩
كتاب الظهار ١٤١
كتاب اللعان ١٤٤
كتاب العدة ١٤٨
كتاب الاستبراء ١٥٠
كتاب الرضاع ١٥٢
كتاب النفقات ١٥٤
كتاب الحضانة ١٥٨
كتاب البيوع ١٦١
الاقتضاء ١٦٤
القرض ١٦٦
العرايا ١٧٨
المزايدة ١٨١
الخيار ١٨٢
كتاب الرهون ٢٠٦

obeikandl.com

كتاب الحوالة ٢١٢
كتاب الحمالة ٢١٤
كتاب الشفعة ٢١٨
كتاب القسمة ٢٢٦
كتاب الصلح ٢٣٤
كتاب الشركة ٢٣٩
كتاب الوكالة ٢٤٥
كتاب الإقرار ٢٤٩
كتاب الوديعة ٢٥٢
كتاب العارية والعدة ٢٥٦
كتاب الغصب والتعدى ٢٥٩
كتاب المساقاة ٢٦٤
كتاب القراض ٢٦٧
كتاب الإجارة ٢٧١
كتاب الجعالة ٢٨٢
كتاب إحياء الموات ٢٨٥
كتاب الحبس ٢٩١
كتاب الهبات والصدقات ٢٩٨
كتاب اللقطة ٣٠٥
اللقيط ٣٠٧
كتاب الحجر ٣٠٨
كتاب الأقضية ٣١١
كتاب الشهادات ٣١٩
كتاب التفليس ٣٢٦
كتاب العتق ٣٣٠
كتاب الجناية ٣٤٢
كتاب الوصايا ٣٦٦
كتاب الوصية ٣٧٢
كتاب الفرائض ٣٧٧
فهرس الموضوعات ٣٨٢

obeikandi.com